

EMBARGOS DE TERCEIRO PREVENTIVOS DEDUZIDOS A UMA PENHORA DE IMÓVEIS EM ACÇÃO EXECUTIVA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA

Pela Dr.^a Isabel Ribeiro Parreira ()*

SUMÁRIO:

I. APRESENTAÇÃO DO TEMA – II. OS EMBARGOS DE TERCEIRO. 1. Os embargos de terceiro antes da revisão do Código. 2. Os embargos de terceiro à luz da Reforma de 95/96. 2.1. O carácter incidental. 2.2. O alargamento da causa de pedir. 2.3. Questões soltas de tramitação. 2.4. A natureza jurídica dos embargos de terceiro – III. O CONCEITO DE TERCEIRO. 1. O conceito de terceiro para efeitos do registo predial. 1.1. Os efeitos do registo. 1.2. Os vectores clássicos da controvérsia. 2. A polémica actual: o conceito de terceiro no registo e nos embargos. 2.1. O passo em frente dado pelo Ac. do STJ 15/97 de 4/7. 2.2. O passo atrás dado pelo Ac. do STJ 4/98 de 18/12. 2.3. Os dois passos atrás dados pelo Ac. do STJ de 18/5/99. 3. A nossa posição. 3.1. Crítica aos fundamentos do Ac. 15/97. 3.2. Crítica à anotação ao Ac. 15/97. 3.3. Crítica à posição do Professor Teixeira de Sousa. 3.4. Adesão crítica à concepção restrita. 3.5. Registo predial e terceiro embargante à luz do CPC – IV. OS EMBARGOS PREVENTIVOS. 1. O regime dos embargos preventivos. 1.1. A dedução de embargos preventivos. 1.2. Os efeitos da dedução de embargos preventivos. 1.3. O recurso do despacho de rejeição dos embargos preventivos. 2. A natureza jurídica dos embargos preventivos. 3. Os embargos preventivos e o reforço da nossa posição sobre o conceito de terceiro para efeitos de embargos – V. CONCLUSÕES – VI. BREVE NOTA DE ACTUALIZAÇÃO SOBRE O DL 533/99 DE 11/12.

(*) Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogada.

I. Apresentação do tema ⁽¹⁾

Aceitámos com particular agrado a proposta de proceder a um estudo crítico sobre o regime dos embargos de terceiro preventivos previstos no artigo 359.º do Código de Processo Civil (CPC) que se destacam da figura geral dos embargos de terceiro repressivos pela função de óbvia cautela que prosseguem ao permitirem ao embargante a sua dedução mesmo antes da efectivação da penhora e com efeitos suspensivos imediatos da execução a que correrão necessariamente apensos como incidentes.

Para que a relevância dos aspectos salientados surgisse mais notória, optámos por concentrar a discussão nas hipóteses em que todo o regime dos embargos de terceiro tem maior aplicação e suscita maiores dúvidas, limitando o nosso tema à penhora de imóveis em execuções para pagamento de quantia certa.

Contudo, verificámos que a análise do regime dos embargos preventivos se revelaria estéril em inovações e efeitos práticos, não fora a sua confrontação com as grandes discussões que se levantam recentemente a propósito da figura geral dos embargos de terceiros e que decorrem, também estas, de opções do legislador só compreendidas numa sequência histórico-legislativa.

Daí o extenso enquadramento inicial do objecto do nosso trabalho que serviu tão só uma melhor explanação dos vectores que fizeram disparar as reacções e as orientações actuais relevantes e uma preparação sistemática da matéria a especializar na análise dos embargos preventivos.

E se a ousada ambição de tratar toda a matéria dos embargos de terceiros foi castigada pela violação da expectativas criadas,

⁽¹⁾ Este estudo corresponde ao relatório de Mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Seminário de Direito Processual Civil subordinado ao tema "A Penhora" sob a orientação do Excelentíssimo Senhor Professor Miguel Teixeira de Sousa. Como a primeira data de entrega foi marcada para Dezembro de 1999, o presente trabalho já se encontrava terminado em 28/4/00, termo final definitivo da apresentação dos relatórios, pelo que, de acordo com o Professor Miguel Teixeira de Sousa, decidimos, nessa data, evitar a total reformulação do trabalho e limitámo-nos à conformação da nossa posição com a nova perspectiva do legislador, numa nota final de actualização. Portanto, o texto que se segue, embora escrito à luz do Código de Registo Predial antigo, pondera, na referida nota final, a respectiva versão actual, bem como a jurisprudência e as posições doutrinárias publicadas entre Dezembro de 1999 e Abril de 2000.

atente-se à boa vontade de quem apenas pretender saltar as cingidas barreiras que envolvem a análise particular dos embargos preventivos e concretizar em texto as discussões tão frutíferas que emprenderam ao decurso dos seminários um carácter de tão acesa dialéctica como agradável incentivo ao seu desenvolvimento.

Que seja, por isso, relevada a pobre forma pela riqueza dos intentos.

II. Os embargos de terceiro

1. Os embargos de terceiro antes da revisão do Código (2)

Desde a Novíssima Reforma Judicial de 1841 até à entrada em vigor do DL 329-A/95, de 12/12, alterado pelo DL 180/96 de

(2) Seguimos nesta matéria JOSÉ REMÉDIO MARQUES, *Curso de Processo Executivo comum à face do Código revisto*, SPB Ed., Porto, 1998, pp. 266-268. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Civil Executivo — Acção Executiva Singular, Comum e Especial*, UCP Ed., Lisboa, 1995; JOÃO AZEVEDO DA SILVA, *Lições de Processo de Execução Civil*, Rei dos Livros Ed., Lisboa, 1995; JOSÉ JOÃO BAPTISTA, *Acção Executiva*, 5.ª ed., Lisboa, 1993; RUI PINTO, *A Penhora por dívidas dos cônjuges*, Lex Ed., Lisboa, 1993; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Direito Processual Civil II*, Lisboa, sem data; idem, *A Penhora de Bens na Posse de Terceiros*, in *ROA*, ano 52, 1992, pp. 313-339; idem, *A Acção Executiva e Caso Julgado*, in *ROA*, ano 53, 1993, pp. 225-250; idem, *Direito Processual Civil II, Relatório*, in *BFDL*, vol. XXXVII, Lex Ed., Lisboa, 1996; HENRIQUE MESQUITA, *Anotação ao Ac. do STJ de 29/09/92*, in *RLJ*, ano 125, 1992/1993, n.ºs 3814-1825, n.º 3822, pp. 277-288; DUARTE PINHEIRO, *Fase Introdutória dos Embargos de Terceiro*, Almedina Ed., Coimbra, 1992; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Penhora de Bens na Posse de Terceiros*, in *ROA*, ano 51, 1991; idem, *Sobre a Exceptio Domini in Acções Possessórias e nos Embargos de Terceiro*, in *ROA*, ano 52, 1992, pp. 21-28; JOAQUIM PIRES DE LIMA, *O insucesso da providência cautelar e a sanção aplicável ao requerente*, in *ROA*, ano 51, 1991, pp. 101-105; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Sobre o Fundamento Possessório dos Embargos de Terceiro deduzidos pelo Locatário, Parceiro Pensador, Comodatário e Depositário*, in *ROA*, ano 51, 1991, III, pp. 649-698; HELDER MARTINS LEITÃO, *Do processo de execução*, Elcla Ed., Porto, 1990; ALBERTO DOS REIS, *Embargos de Terceiro (Comentário a dois acórdãos)*, in *RLJ*, ano 87, 1954/1955, n.º 3032, pp. 161-169, n.º 3033, pp. 177-182, n.º 3034, pp. 193-197; idem, *Acções Possessórias*, in *RLJ*, ano 87, 1954/1955, n.º 3040, pp. 292-295, n.º 3041, pp. 309-312, n.º 3042, pp. 321-325, n.º 3043, pp. 337-341; idem, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vols. I a II, Coimbra Ed., Coimbra, 1945, 1946 e 1960; idem, *Processos Especiais*, vols. I e II, Coimbra Ed., Coimbra, 1955 e 1982; idem, *Código de Processo Civil anotado*, vols. I a VI, Coimbra Ed., Coimbra, 1980 a 1981; idem, *Processo de Execução*, vols. I e II, Coimbra Ed., Coimbra, 1982; ANTUNES VARELA, *Anotação ao Ac. do STJ de 21/12/82*,

25/9, que os embargos de terceiro representaram um exclusivo meio de tutela da posse, possibilitando que terceiros a decisões judiciais pudessem reagir contra estas quando estivesse em causa, por ameaça ou perturbação injustificada ou ilícita, a ofensa dos seus poderes de facto sobre determinada coisa cuja apreensão tivesse sido por aquela decisão ordenada, quebrando a tradição das ordenações, que previam, quer a posse, quer a propriedade, como fundamentos da dedução de embargos de terceiro.

No regime anterior a 1939, contudo, os embargos enervavam as vestes de incidente da execução, visando o levantamento da penhora ou da apreensão em já efectuada execução⁽³⁾.

Foi o Código de 1939 que lhes conferiu não apenas a autonomia de acção *in se* (4), embora afecta por apenso aos autos onde a

in *RLJ*, ano 119, 1986/1987, n.º 3749, pp. 243-251; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Acção Executiva*, Lisboa, 1980; idem, *Direito Processual Civil*, vols. I a III, AAFDL Ed., Lisboa, 1980; GUERRA DA MOTA, *Manual da Acção Possessória*, vols. I e II, Athena Ed., Porto, 1980; JORGE BARATA e M. LARANJO PEREIRA, *Acção Executiva Comum — Noções fundamentais*, vol. II, P&R Ed., Lisboa, 1979, pp. 115-124; ARY DE ALMEIDA ELIAS DA COSTA, *Guia do Processo Executivo*, 3.ª ed., PJE Ed., Porto, 1979; ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *A Acção Executiva Singular, Comum e Especial*, 2.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1977, pp. 341-362; MANUEL AUGUSTO DA GAMA PRAZERES, *Da intervenção de terceiros na relação processual*, Athena Ed., Porto, 1972; EURICO LOPES CARDOSO, *O Processo de execução na Reforma de 1961*, in *SI*, tomo XII, 1963, pp. 479-497; Idem, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª ed., INCM Ed., Lisboa, 1967, pp. 383-396; MANUEL BAPTISTA LOPES, *A Penhora*, Coimbra, 1967, pp. 317-353; ADELINO DA PALMA CARLOS, *Direito Processual Civil — Acção Executiva, Lições polic.*, AAFDL Ed., Lisboa, 1962, pp. 123-130; ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Realização Coactiva da prestação (Execução) (Regime Civil)*, in *BMJ*, n.º 73, 1958, pp. 31-394; idem, *Resposta a uma consulta*, in *RLJ*, ano 92, 1958/1959, n.ºs 3142-3165, n.º 3146, pp. 68-72, n.º 3147, pp. 84-91; idem, *Anotação ao Ac. do STJ de 7/03/61*, in *RLJ*, ano 94, 1961/1962, n.ºs 3190-31213, n.º 3211, pp. 348-352; idem, *Anotação ao Ac. do STJ de 14/06/63*, in *RLJ*, ano 97, 1964/1965, n.ºs 3262-3285, n.º 3262, pp. 12-15; ADRIANO BORGES PIRES e ERNESTO PEREIRA D'ALMEIDA, *Lições de processo preventivo e conservatório*, Lisboa, 1942; COUTO ROSADO, *Embargos de Terceiro no Código de Processo Civil*, Lisboa, 1941; ANTÓNIO BATOQUE e ANTÓNIO CÉSAR ABRANCHES, *Curso de processos especiais civis e comerciais*, Atlântica Ed., Coimbra, 1929; ANTÓNIO RIBEIRO DE MAGALHÃES, *Manual das acções possessórias e seu processo*, 2.ª ed., França Amado Ed., Coimbra, 1910; EDUARDO J. DA SILVA CARVALHO, *Manual de Processo de Execução*, vol. I, França Amado Ed., Coimbra, 1908.

(3) Como um meio de reacção do possuidor contra a penhora, a entrega judicial e o arresto, nos termos dos artigos 922.º e 378.º do Código de 1876. O Decreto n.º 21287 de 15/9/1892, artigos 91.º e 153.º, estendeu-o ao arrolamento e à posse judicial e o Decreto n.º 5411, de 17/4/1919, ao mandado de despejo.

(4) Contra, ANTUNES VARELA, *Anotação ao Ac. do STJ de 21/12/82 (...)*, ob. cit., p. 245, alegando que essa autonomia não existe porque os “embargos de terceiro não for-

diligência embargada era ordenada, como também a possibilidade de ser deduzida logo com o despacho ordenatório da penhora mas antes da sua efectivação — criando a figura dos embargos de terceiro preventivos —, como, ainda, a característica de no seio da mesma acção possessória a respectiva tutela ser preterida pela invocação por parte do embargado do domínio ou direito de propriedade ⁽⁵⁾.

Mas foi com o DL 44129, de 28/12, que em 1962, os embargos de terceiro tomaram a forma de verdadeiras acções de posse servindo a sua manutenção ou restituição ⁽⁶⁾, processos que, como aquelas acções, se especializaram por permitirem a excepção da questão da propriedade, mas que delas se destacavam apenas pelo facto de o esbulho ou a ameaça, seus pressupostos alternativos, serem consequência de um acto judicial ⁽⁷⁾.

De especial relativamente ao seu processo, não apenas a subordinação à respectiva dedução na acção da diligência embargada, mas sobretudo a divisão dos embargos em duas fases, constituindo a primeira uma prova sumária da sua viabilidade e só a

mam um processo especial sujeito a distribuição própria fechado sobre si mesmo". Pela nossa parte, é inegável a autonomia da então natureza de especial acção possessória perante a anterior natureza de mero incidente na execução.

⁽⁵⁾ Como releva, DUARTE PINHEIRO, ob. cit., p. 25, apesar de, durante a revisão do projecto do Código de processo Civil de 1939, se criticar a orientação anterior que acentuava com exagero a natureza possessória dos embargos, este Código acabou por mantê-la, concedendo aos ventos de mudança e em contraste com o artigo 497.º do Código de 1876, a possibilidade de na mesma acção ser possível a invocação da questão do domínio. Cfr., também, ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais (...)*, ob. cit., pp. 402-404; MANUEL RODRIGUES, ob. cit., pp. 349-351.

⁽⁶⁾ Restituição no caso da penhora já se ter efectivado — embargos repressivos; manutenção no caso de mera ordem de penhora — embargos preventivos.

⁽⁷⁾ Como refere ANTUNES VARELA, *Anotação ao Ac. do STJ de 21/12/82 (...)*, ob. cit., p. 245, enquanto os procedimentos possessórios especiais regulados nos artigos precedentes — 1033.º a 1036.º —, visavam prevenir ou combater a ofensa da posse situada na "área do direito substantivo", os embargos de terceiro tutelavam a perturbação da posse pelos actos judiciais. ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais (...)*, p. 401, qualificava, por isso, os embargos de terceiro como processos especialíssimos perante os já especiais das acções possessórias. MANUEL RODRIGUES, *A posse-Estudo de Direito Civil Português*, 3.ª ed., Almedina Ed., Coimbra, 1980, p. 367, acentuava (e acentua ainda na sua 4.ª ed., de 1996, *ibidem*) que os embargos teriam nascido exactamente da inadequação das acções possessórias à defesa da posse contra os actos judiciais.

segunda observando o princípio do contraditório e os contornos declarativos ⁽⁸⁾.

Ao abrigo, pois, do Código anterior, a grande discussão doutrinária e jurisprudencial assentava na qualidade da posse ⁽⁹⁾ alegada pelo embargante — se era apenas causal, efectiva ou material e em nome próprio ou se podia ser igualmente formal, ⁽¹⁰⁾ civil ou jurídica ⁽¹¹⁾ e em nome alheio ⁽¹²⁾ —, e na qualidade de terceiro,

⁽⁸⁾ A fase inicial ou introdutória dos embargos dá-se com a apresentação da petição no tribunal onde foi decretada a penhora, sujeita às regras do artigo 467.º, oferecendo com ela o embargante a prova sumária das suas posse e qualidade de terceiro, podendo juntar documentos e indicar até 5 testemunhas, nos termos do artigo 1040.º. Quando a petição não fosse indeferida liminarmente nos termos do artigo 474.º (o que era discutido à luz do Código de 1939. Cfr. BAPTISTA LOPES, *A penhora*, ob. cit., p. 332), iniciava-se a produção sumária da prova, após o que era proferido o despacho de rejeição ou recebimento. Na segunda fase, que se segue naturalmente apenas a esta última hipótese, os embargos começam com a notificação do embargado para contestar, seguindo os ulteriores termos o regime das acções possessórias que era previsto nos artigos 1033.º e seguintes.

⁽⁹⁾ Cfr., em matéria de posse, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, reimp. da ed. de 1979, Lex. Ed., Lisboa, 1991; idem, *A posse, perspectivas dogmáticas actuais*, 2.ª ed., Almedina Ed. Coimbra, 1999; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Reais*, 4.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1983; ÁLVARO MOREIRA E CARLOS FRAGA, *Direitos Reais*, Almedina Ed., Coimbra, 1971; MANUEL RODRIGUES, ob. cit..

⁽¹⁰⁾ Era, à data, unânime a aceitação do embargante com posse causal, ou seja, não apenas beneficiário da afectação material como titular do direito respectivo, mas já era duvidosa a possibilidade de embargar apenas com base na posse formal, ou seja, quando só fosse possuidor e não titular. Enquanto à luz do Código de 1876 a aceitação da posse meramente formal se justificava com o expreso afastamento da questão da propriedade pelo artigo 497.º, já durante a vigência do Código seguinte a problemática assumiu relevo, com a novidade do artigo 1042.º, al. b). Com esta possibilidade de excepcionar o domínio, CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil (...)*, vol. III, ob. cit., p. 400, sustentava que a necessidade da posse causal apenas decorria e só existia quando o embargado alegasse a propriedade pois nesse caso o possuidor meramente formal não podia contestar validamente e perdia os embargos.

⁽¹¹⁾ Já relativamente à hipótese inversa, ou seja, a de saber se pode mover embargos o mero titular do direito de propriedade sobre a coisa penhorada que não é possuidor ou apenas o titular da posse efectiva, a doutrina distribuía-se por igual nas duas versões. ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais (...)*, ob. cit., pp. 418-419, e alguma jurisprudência antes da entrada em vigor do Código de 1939 (referida por COUTO ROSADO, ob. cit., pp. 30 e seguintes), entendiam que a posse meramente jurídica ou civil não era suficiente para embargar. CASTRO MENDES, ob. cit., p. 413, e COUTO ROSADO, ob. cit., p. 41, sustentavam a opinião oposta. TEIXEIRA DE SOUSA, *A penhora de bens (...)*, ob. cit., p. 75-85, avançou com uma estruturada e desenvolvida solução que conjuga posse, direito e registo e que acabou por lançar as bases da actual discussão sobre conceito de terceiro para efeitos de registo predial e de embargos de terceiro. Resumidamente, a posse para este autor deverá ter sido constituída ou registada antes desta, nos termos do artigo 819.º do CC, titu-

sujeita igualmente à necessária prova informatória da fase introdutória dos embargos e abrangendo o próprio executado nos termos

lada (não podendo o ladrão embargar), interessada (no caso de o bem possuído não estar onerado com alguma garantia real) e de duração independente da pura vontade do titular do direito de fundo, devendo subsistir após a venda executiva (baseada em direitos reais de gozo registados antes do registo da penhora ou constituídos antes quando produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo, ou baseada numa posição real ou quase real como a do locatário, ficando, pois, de fora, os direitos não reais que caducam com a venda como o do comodatário, os direitos resultantes de garantia real sobre o bem penhorado como o do credor pignoratício e o retentor que podem apenas reclamar o seu crédito na execução, exceptuando, neste último caso, a hipótese destes credor e retentores não terem sido chamados à execução, razão pela qual nela não podem deduzir reclamação, podendo embargar). Em resposta, LEBRE DE FREITAS, *A penhora de bens (...)*, ob. cit., defende que reportando-se os artigos 818.º, 819.º, 822.º, 824.º, n.º 2, e 838.º do CC ao conceito de direito de fundo e não ao conceito de posse ao qual são completamente estranhos e considerando a natureza possessória dos embargos de terceiro à luz do Código de 1962, não podem aqueles preceitos contribuir para qualquer interpretação conjugada sobre os pressupostos dos embargos. Assim, como os embargos constituem verdadeiramente um meio sumário para rápida tutela de terceiro baseado numa presunção ilidível de propriedade, não interessa se o embargante tem posse titulada ou causal, porque na fase introdutória se abstrai completamente da questão do direito de fundo e na fase contraditória quando essa matéria é trazida à colação o problema incide sobre a existência de um direito real de gozo do executado e não directamente sobre a natureza e regime de um eventual direito do embargante. Se o terceiro não se pode valer de registo feito após a penhora é apenas porque o artigo 820.º do CC o torna inaplicável à execução. Pela nossa parte e no aspecto da discussão ainda relevante, remetemos para infra, quando tratarmos da matéria referente ao conceito de terceiro.

(12) Desde o Código de 1962 que os artigos 1278.º-1287.º, 1133.º, n.º 2, 1125.º, n.º 2, 1037.º, n.º 2, 758.º e 759.º, n.º 3, 1188.º, n.º 2, e 670.º, al. a), do CC, alargaram o direito de embargar de terceiro aos possuidores em nome alheio, ou seja, ao comodatário, locatário, titular do direito de retenção, parceiro pensador, depositário. Mas, segundo o artigo 1253.º, al. c) do CC, não seriam verdadeiros possuidores todos os que possuem em nome de outrem. A doutrina dividia-se, mais uma vez. De um lado, ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais (...)*, ob. cit., p. 405, e COUTO ROSADO, ob. cit., pp. 59-81, sustentavam que o possuidor em nome alheio (depositário, arrendatário, comodatário, para o primeiro autor, também mandatário, gestor e credor pignoratício para o segundo) podia embargar em nome de quem possuía. Sob outra perspectiva, CASTRO MENDES, ob. cit., p. 404, defendia que o possuidor em nome alheio não pode defender os interesses alheios do possuidor em nome próprio, impondo a lei apenas que deva avisar a pessoa em nome de quem possui. LEBRE DE FREITAS, *Direito Processual Civil (...)*, ob. cit., pp. 166-167, escrevia que, em princípio, só pode embargar o possuidor em nome próprio, mas certos possuidores em nome alheio (locatário, parceiro pensador, comodatário e depositário) teriam o direito de embargar com base na "especial relevância do seu interesse próprio", o que não era o caso do credor pignoratício e do retentor, pois que estes só podem reclamar na execução e não embargar. Em *A penhora de bens (...)*, ob. cit., pp. 326-327, o mesmo autor acrescenta que quando o locatário, o parceiro pensador, o depositário ou o comodatário

expressos do artigo 1037.º, n.º 2 — se era terceiro apenas o que foi executado apesar de também condenado ou se todos os condenados independentemente de não terem sido executados ⁽¹³⁾.

A este propósito realçam-se as expressas previsões das figuras dos embargos de terceiro do executado ⁽¹⁴⁾ feita no ar-

possuírem em nome do executado, não podem embargar de terceiro pois o seu direito de crédito, independentemente da sua data de constituição, não poderá ceder perante o direito real resultante da penhora. Estes só podem embargar quando possuam em nome de pessoa diferente do executado, actuando nesse momento como substitutos processuais. No mesmo sentido, já escrevia M. HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., p. 284, que a causa de pedir nos embargos deduzidos por estes possuidores em nome alheio não é a posse mas o seu direito de crédito. ROSÁRIO RAMALHO, ob. cit., após resumir as posições doutrinárias em geral sobre o assunto e afastá-las criticamente, defende que, utilizando um critério objectivo que parte do regime previsto na lei para o locatário, parceiro pensador, comodatário e depositário, e afastando, portanto, o problema da qualificação dessas figuras como direitos reais ou obrigacionais, a esses possuidores em sentido lato é concedido pela lei o direito de embargarem de terceiro dada a relevância do seu interesse próprio na conservação da posse da coisa, de uma relação de poder própria, directa, individual e imediata com a coisa. Portanto, para esta autora, o fundamento da admissibilidade de embargar para estas figuras reside no interesse tutelável do possuidor — próprio porque fundado na titularidade de um direito próprio; directo ou imediato de aproveitamento das utilidades de um bem e garantido pelo direito — pelo que se é certo que existe quanto ao locatário, ao parceiro pensador e ao comodatário, não o será sempre em todos os casos de depositário.

⁽¹³⁾ A maioria da doutrina era no sentido de ser considerado terceiro apenas o que foi demandado para a acção, independentemente de constar ou não do título executivo. ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., pp. 356-357, liderava a posição contrária. A própria lei permitia que o executado deduzisse embargos de terceiro nos termos do artigo 1037.º, n.º 2, o que reforça a primeira opinião.

⁽¹⁴⁾ Embargos de terceiro de executado que, contudo, se destacavam dos normais embargos de executado pois estes atacavam a própria execução e aqueles apenas a penhora de certo bem. Nesta matéria a discussão centrava-se no âmbito dos próprios embargos. A corrente maioritária seguia o pensamento de LEBRE DE FREITAS, *Direito Processual Civil*, vol. II, 3.º ed., Lisboa, pp. 168 e seguintes, e defendia apenas a alegação da impenhorabilidade objectiva [em consequência do título através do qual entraram no património do executado: artigos 827.º, n.º 3 e 823.º, n.º 1, al. e) e 603.º, n.º 2, do CC] e impenhorabilidade em razão da qualidade pela qual o executado os possuía (mera detenção, mero usufruto em caso de penhora da nua propriedade, bens próprios ou bens comuns em primeiro lugar fora do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges), com base na excepcionalidade da norma do artigo 1037.º, n.º 2. Dentro desta ideia limitativa, CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil (...)*, ob. cit., vol. III, pp. 390-391, acrescentava que considerava forçada a aplicação do artigo 1037.º, n.º 2, às hipóteses de impenhorabilidade convencional como as previstas nos artigos 602.º e 603.º do CC. A tendência minoritária — protagonizada por ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., p. 333 —, sustentava que estes embargos se alastravam a “todos os casos de impenhorabilidade absoluta ou relativa”. Este era já o regime, à data, vigente no direito italiano e alemão, onde o executado podia deduzir oposição à execução com qualquer fundamento de impenhorabilidade objectiva, o que se

tigo 1037.º, n.º 2, e relativa aos seus bens que não devessem ser objecto de penhora e a dos embargos de terceiros deduzidos pelo cônjuge do executado constantes do artigo 1038.º (15).

Outro dos fundamentos de rejeição dos embargos residia no artigo 1041.º, n.º 1, que previa o facto de a posse do embargante resultar de transmissão feita pelo executado com manifesta intenção de subtrair os bens à execução, o que se presumia pela data da transmissão ou por quaisquer outras circunstâncias (16).

compreendia se relevarmos o facto de nestes regimes a execução começar sempre com a penhora podendo o executado deduzir todas as suas oposições sob a forma de um único meio. Cfr. artigo 615.º, II, do CPC italiano e CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Turim, 1987, p. 131; §§ 781-785 ZPO e § 1489, II, BGB e BROX-WALKER, *Zwangsvolltreckungsrecht*, Köln, 1990, p. 744, apud LEBRE DE FREITAS, *A Penhora de bens na posse de terceiros*, in *ROA*, ano 53, 1993, pp. 225-250.

(15) A este respeito, face ao texto do artigo 1038.º que incluía a directa referência à possibilidade do cônjuge do executado defender a sua posse por meio de embargos e perante a natureza possessória destes, defendia ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., p. 350, que o verdadeiro fundamento dos embargos não seria a posse mas a natureza dos bens como próprios ou comuns do casal, dada a “equivocidade” da posse no seio da sociedade conjugal. Contra, LEBRE DE FREITAS, *Direito Processual Civil (...)*, ob. cit., p. 170, acrescentava, e bem no nosso entender, que, apesar do tribunal não dever ser exigente no que respeita à prova dessa posse, não havia uma desnecessidade da prova da posse nem a sua concentração exclusiva na natureza do bem em questão.

(16) Esta era uma das razões fundamentais para que ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., pp. 343-349, considerasse os embargos de terceiro um “meio de tutela possessória parcial ou incompleto”. Mas este preceito foi desde cedo objecto de alguma controvérsia doutrinária e sobretudo jurisprudencial resultante do enquadramento desta hipótese de rejeição de embargos prevista no direito adjectivo nas figuras análogas do direito substantivo como nomeadamente a impugnação pauliana. Por isso, em anotação aos Acs. do STJ de 14/6/63 e de 7/3/61, obs. cit. VAZ SERRA, defende que o artigo 1037.º, n.º 2 do Código de 1939 que deu lugar ao artigo 1041.º, n.º 1 do Código de 1962, exige, numa analogia imprescindível em termos sistemáticos com a impugnação pauliana, a participação do adquirente na fraude levada a cabo pelo executado alienante com a venda substrato dos embargos. Com efeito, o verdadeiro prejudicado com a rejeição dos embargos é o adquirente e só tem sentido ele perder se entrou na fraude em conluio com o executado, conhecendo que a venda de que é também parte visava a fuga a dívidas. E, contrariando nomeadamente a decisão do STJ de 14/6/63, o mesmo autor escreve que tem que ser manifesta a participação do adquirente nessa fraude como um pressuposto básico da aplicação do preceito em causa, — não bastando, como se alega na sentença anotada, apenas a sua interpretação cuidada assinalando a diferença da acção pauliana com a prova somente informatória dos embargos, para depois concluir pela aceitação dos embargos, sem ponderação da boa ou má fé do adquirente no caso deste ter registado a aquisição antes do registo da penhora (no caso, arresto), — sob pena do direito do adquirente de má fé registado prevalecer sobre o direito do adquirente de boa fé sem registo.

Recebidos os embargos, seguia-se o processo sumário nos termos dos artigos 1033.º, n.º 1, e 1042.º, podendo, na contestação, o embargado alegar o seu direito de propriedade e pedir no mesmo processo o seu reconhecimento, passando este, nessa eventualidade, a seguir a tramitação especial, sumária ou ordinária conforme o valor da acção (17).

2. Os embargos de terceiro à luz da Reforma de 95/96

2.1. O carácter incidental

Actualmente, os embargos de terceiro mantêm a sua estrutura dualista alternativa — abrangendo uma fase introdutória seguida de uma verdadeira acção contraditória —, mas perderam o seu enquadramento como acção autónoma possessória e de processo especial, retomando a figura incidental inicial (18).

Na verdade, não se justificava que as acções possessórias continuassem processos especiais apenas porque nelas se podia discutir a questão do domínio, tendo, pois, por isso, sido remetidas para o processo comum onde tal propriedade pode perfeitamente ser conhecida a título reconvenicional — recuperando-se a posse em acções principais e pedindo-se a sua manutenção em providências cautelares.

Destacados foram, todavia, os embargos de terceiro que, pela diferença, mereceram tratamento especial ao consubstanciarem a figura da oposição mediante embargos, incidente nominado —

(17) Retirava alguma doutrina — nomeadamente ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais*, ob. cit., p. 354 — da leitura conjugada dos artigos 1035.º, n.º 1, e 1042.º, que a falta de contestação pelo embargante da reconvenção do embargado baseada na propriedade gerava a procedência do pedido reconvenicional e a improcedência dos embargos. TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a exceptio dominii* (...), ob. cit., sustentou posição oposta que veio a ser acolhida no novo Código, alegando que tal interpretação é incompatível com a presunção e titularidade do direito de fundo estabelecida pelo artigo 1268.º, n.º 1, do CC, que, nessa hipótese, não foi ilidida pelo embargado.

(18) No Código de 1876, os embargos de terceiro eram um incidente da execução, assim como a liquidação e os embargos de executado e o concurso de credores, nos termos dos artigos 909.º e seguintes.

intervenção de terceiros — da instância executiva e que lhe corre apenso (19).

Não obstante, a nova arrumação sistemática não lhes retirou a sua estrutura de acção declarativa, autónoma e especial.

Com efeito, as características incidentais dos embargos ocorrem apenas na fase introdutória, pois a seguir renascem como uma verdadeira acção, sumária ou ordinária consoante o valor.

E tanto assim é que só na primeira fase, de apresentação da petição inicial, é que se seguem os termos dos artigos 302.º e seguintes — devendo logo nesse momento ser oferecidos e requeridos todos os meios de prova, incluindo a sua gravação, não se podendo juntar mais do que 3 testemunhas por cada facto e oito no total — e os artigos 313.º e 311.º — devendo o valor dos embargos ser aferido pelo valor dos bens penhorados; porque na segunda fase, notificados os embargados, seguem-se os termos gerais das acções sumárias ou ordinárias, ou seja, revê-se o valor e renova-se a produção de prova de acordo com o artigo 512.º e seguintes, aumentando em conformidade o número de testemunhas admissível.

Portanto, o que de original caracteriza os embargos é, em boa verdade, apenas esta fase introdutória, verdadeira antecâmara de uma acção declarativa enxertada numa execução, em regra, com efeitos suspensivos (20).

Fase introdutória que é verdadeiramente um incidente com efeitos cautelares de averiguação do direito do embargante a fim de ser ponderada, ou não, a necessidade de se protelar no tempo a limitação das partes na execução.

Essa cautela ao serviço da lei é ainda reforçada pela previsão dos embargos preventivos deduzidos logo após o conhecimento do despacho ordenatório da penhora mas antes da efectivação desta, cujo tratamento em especial e no que for relevante se fará na terceira parte deste estudo.

(19) Livro III, “Do Processo”; título I, “Das disposições gerais”; capítulo III, “Dos incidentes da instância” (artigos 302.º-380.º); secção III, “Intervenção de terceiros” (artigos 32.º-359.º); subsecção III, “Oposição” (artigos 342.º-359.º); divisão III, “Oposição por embargos” (artigos 351.º-359.º).

(20) Na execução especial de alimentos, e na suspensão cautelar de alimentos provisórios, os embargos nunca têm efeito suspensivo, atendendo à natureza dos valores do exequente nessas acções que são de tal forma protegidos que nem os recursos têm também efeito suspensivo automático, nem são devolvidos os alimentos percebidos durante uma providência cautelar que entretanto veio a caducar.

E se na acção contraditória ambos os tipos de embargos se encontram pois os efeitos suspensivos são idênticos, é a sua fase inicial que os destaca, assumindo os preventivos uma natureza duplamente cautelar, como adiante desenvolveremos.

A própria formação de caso julgado material, como o artigo 358.º agora expressamente prevê, relativamente à decisão de mérito ⁽²¹⁾ sobre a questão da titularidade do direito de fundo traz um reforço manifesto da natureza declarativa da fase contraditória, ⁽²²⁾ pois que assim não seria certamente se nos embargos não estivessem garantidos os direitos das partes interessadas ⁽²³⁾ pela complexidade e solenidade da respectiva tramitação.

De qualquer modo, de relevar que o caso julgado dependerá do próprio âmbito dos embargos pois que se o embargado alegar apenas a situação de facto da posse e os embargos procederem com base exclusiva na respectiva presunção de titularidade só ficará assente que o embargante era ou não possuidor antes da penhora; se o embargante alegar o seu direito de fundo, é a sua titularidade que ficará assente; se, quer o embargante, quer os embargados, alegarem direitos, ficará assente a respectiva titularidade na medida em que os referidos direitos sejam compatíveis ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Portanto, do despacho que decide a final a fase contraditória dos embargos e não do mero despacho de recebimento dos mesmos que, nos termos do artigo 355.º só produz caso julgado formal negativo referente ao mesmo pedido (não podendo o embargante, em caso de rejeição, embargar novamente com a mesma causa de pedir e, no caso de admissão, não afastando a possibilidade de os mesmos embargos virem a ser rejeitados por negação do que ficou sumariamente provado). Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva (...)*, ob. cit., pp. 315.

⁽²²⁾ Declarativa de mera apreciação, no entender de LEBRE DE FREITAS, *Acção (...)*, ob. cit., p. 242.

⁽²³⁾ Todas elas presentes na acção.

⁽²⁴⁾ Por exemplo, se o embargante alega o usufruto numa penhora de nua propriedade e o embargado reconvém com o direito de propriedade, no caso dos embargos serem admitidos, ficará assente a titularidade dos dois direitos, desde que a sua declaração tenha sido pedida. Isto é, tudo também dependerá do pedido, quer do embargante, quer dos embargados. Se estes se limitarem a invocar os direitos sem pedir o seu reconhecimento (sobretudo no caso dos embargados que podem apenas recorrer ao direito de fundo para afastar o direito ou a posse do embargante e não pedem o seu reconhecimento), a titularidade não poderá fazer caso julgado. Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *Acção (...)*, ob. cit., pp. 242-243; idem, *Acção executiva e o caso julgado*, in *ROA*, 1993, II, pp. 236-239; idem, *Código (...)*, ob. cit., pp. 628-230. REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 296-297, acrescenta que, deste modo, improcedentes os embargos, o embargante não pode propôr acção de reivindicação ou declarativa de apreciação porque a decisão sobre a titularidade concedeu o direito a outrem e faz caso julgado.

2.2. O alargamento da causa de pedir

Foi o alargamento da fundamentação destes meios de reacção contra diligências judiciais que, quebrando finalmente a tradição, cortou o cordão umbilical que os ligava, pelo acto desencadeador da sua dedução, às acções possessórias. Assim, hoje, os embargos de terceiro não correspondem, em exclusivo, a meios de tutela possessória, já que podem justificar o seu recurso não apenas a ofensa da posse como a violação de qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito da diligência ⁽²⁵⁾.

A razão ou causa de pedir dos embargos — que justifica o levantamento de uma penhora em prejuízo das finalidades da execução e dos interesses do exequente, do executado e dos credores reclamantes apesar do artigo 831.º permitir expressamente a apreensão de bens em poder de terceiro — já não reside apenas na posse e na presunção ilidível de titularidade do direito de fundo em que esta se traduz quando em nome própria prevista no artigo 1268.º, n.º 1 e 1251.º do CC, mas também em qualquer outro direito real ou obrigacional que, de forma directa ou indirecta possa ser violado pela diligência judicial ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Salvo no caso excepcional previsto no artigo 351.º, n.º 2, do processo especial de recuperação da empresa e de falência.

⁽²⁶⁾ No direito italiano, desde há muito que a lei limita os embargos à protecção de um direito de propriedade ou outro direito real de terceiro sobre o bem penhorado, nos termos do artigo 619.º do CC. Cfr. CRISANTO MANDRIOLI, ob. cit., vol. III, p. 141; FRANCISCO CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. Jaime Guasp, Bosch Ed., Barcelona, 1942, pp. 580-581; NICOLA PICARDI, *Codice di Procedura Civile*, Giuffrè Ed., Milão, 1994, anotações aos artigos 618.º a 620.º do CC; SALVATORE SATTA, *L'esecuzione forzata*, Giuffrè Ed., Milão, 1937, pp. 409-410; LUIGI PAOLO LOMOGGIO, *Lezioni sul processo civile*, Molino Ed., 1995, pp. 765-766; MICHELE AIELLO e GIOVANNI GIACOBBE, *Guida ragionata ai provvedimenti cautelari*, Giuffrè Ed., Milão, 1996, p. 74; ENRICO REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. III, Milão, 1057, p. 333; MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, vol. III, Milão, 1946, p. 290. O direito alemão também sempre possibilitou ao terceiro a oposição à execução com base em direitos e não apenas na posse, embora a tutela do possuidor de coisa móvel em nome alheio se faça através de uma outra via, a *Erinnerung* e não através da *Widerspruchsklage*. Cfr. § 771 ZPO que concede a oposição a terceiros titulares de um direito impeditivo da venda, apud LEBRE DE FREITAS, ob. cit., p. 326. No direito espanhol, os embargos de terceiro denominam-se *tercerias* e dividem-se em *tercerias registais* — que assentam na titularidade do registo que pode prevalecer sobre o registo da penhora, nos termos do artigo 38.º, III, LH —; *tercerias de domínio* — onde a causa de pedir é um direito real —; e as *tercerias de melhor direito* — deduzidas por um credor do executado que se considera preferencial ao

De qualquer modo, continua a ser o seu fundamento o traço da distinção das acções possessórias. Enquanto estas, em geral, visam atacar ou remover ameaças ou perturbações, da posse e só desta, provocadas por actos de particulares ou da administração pública, os embargos de terceiro podem proteger não apenas a posse como qualquer direito, embora só atacado por uma providência emanada de um órgão judiciário ⁽²⁷⁾.

Esta inovação do legislador do Código revisto respondeu às vozes que se levantavam fazia tempo, no sentido de limitar os casos, de escassa utilidade em termos de segurança jurídica e de subsidiariedade processual, que resultavam do facto do titular do direito de fundo que não tinha posse e, por isso, não podia embar-

exequente. Todas as tercerias só podem ser deduzidas até ao momento da venda executiva dos bens penhorados, em processo separado e autónomo incidental mas a sua admissão não suspende a instância executiva, apenas impedindo aquela venda judicial. Cfr. JUAN MONTERO AROCA e AA, *Derecho Jurisdiccional*, vol. II, Bosch Ed., Madrid, 1995, pp. 586-58; FRANCISCO RAMOS MENDEZ, *Derecho procesal civil*, 5.ª ed., tomo II, Bosch Ed., Madrid, 1992, pp. 1072-1075. No direito brasileiro, os embargos de terceiro tanto se podem fundamentar no direito como na posse; constituem também um processo incidental à execução onde os respectivos bens foram penhorados, podem ser deduzidos até à efectiva concretização da venda judicial; são constituídos por uma fase de prova sumária que depois de deferida provoca a ordem de mandado de manutenção ou restituição em favor do autor e a suspensão da execução e por outra que se lhe segue e aplicando-se-lhe os procedimentos cautelares, podem também ser preventivos e usados expressamente pelo credor com garantia real para evitar a venda. Cfr. JÔNATAS MILHOMENS, *Da intervenção de terceiros*, Forense Ed., Rio de Janeiro, 1985, pp. 80-96; CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *Comentários ao código de processo civil*, vol. XI, tomo II, ERT Ed., São Paulo, 1982, pp. 437-479; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, tomo XV, Forense Ed., Rio de Janeiro, 1977, pp. 3-120. No direito francês, a posição do terceiro detentor não proprietário cabe na figura geral do incidente à penhora onde se alega a nulidade desta por variadas razões previstas na lei (artigos 715.º e 727.º do CPC) — “nullité de la saisie”. Sendo a nulidade de forma, apenas se extingue o acto nulo e os posteriores mantendo-se os anteriores. Sendo a nulidade de fundo, todo o processo cai. Contudo, o terceiro proprietário, além da acção normal de reivindicação, pode também impugnar desde logo a penhora através do incidente de “demande en distraction de saisie” que acaba por funcionar como uma variedade de acção reivindicativa. Cfr. VICENT, Jean, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 3.ª ed., Dalloz Ed., Paris, 1978, pp. 388-395 e JAUFFRET, Alfred, *Manuel de procédure civile et voies d'exécution*, 13.ª ed., LGDJ Ed., Paris, 1980, pp. 248-249.

⁽²⁷⁾ Por isso os embargos são o único meio de oposição contra essa diligência judicial, não podendo ser utilizadas as acções possessórias e não podendo, contra uma ofensa à posse feita por um acto de um particular ou da administração pública, ser deduzidos embargos de terceiro.

gar de terceiro, se ver forçado a propôr acção de reivindicação mesmo após a cessação da execução onde o seu bem foi penhorado e vendido, contra o respectivo adjudicatário ou comprador com registo posterior ao seu.

Mas a esta titularidade do direito e/ou da posse sobre o bem penhorado que o embargante tem que demonstrar, acresce outro requisito legal de fundamental relevo: a ofensa feita pela diligência judicial de apreensão ou entrega judicial do bem. Para que a penhora consubstancie essa ofensa, aquela posse e/ou direito têm que ser incompatíveis com os ulteriores termos da execução, ou seja, nos termos mais precisos do artigo 824.º do CC, têm que extinguir-se com a futura transmissão para terceiros do bem penhorado que ocorrerá com a sua venda ou adjudicação ⁽²⁸⁾.

2.2.1. *A legitimidade activa e passiva*

Como a própria denominação dos embargos indicia, o outro seu requisito legal de procedência assenta na qualidade de terceiro que deve caber ao embargante.

Nesta matéria, a lei foi novamente mais longe na concretização de tendências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo o texto do artigo 351.º cristalizado a posição de carácter processual que nasceu tímida com o Código de 1961 ⁽²⁹⁾. Assim, apartando-se da posição que o terceiro ocupa no título executivo e da eventualidade de ele poder ou não ter sido parte da acção, o Código revisto impõe definitivamente que só é terceiro para efeitos de embargos quem

⁽²⁸⁾ E será exactamente nestes efeitos extintivos que residirá a grande controvérsia que trataremos infra e que acaba por inter-ligar todos os fundamentos dos embargos. O embargante tem que demonstrar que é terceiro titular de uma posse e/ou direito que foi ofendido pela penhora, ou seja, tem que provar que é titular de uma posse e/ou direito que se extinguirá com a venda ou adjudicação do respectivo bem. Cabe, pois, ponderar sobre que direitos serão esses.

⁽²⁹⁾ No Código de 1876, nos termos do artigo 922.º, a qualidade de terceiro aferia-se unicamente do título executivo. O Código de 1939 manteve quase inalterada a mesma tendência. Só o artigo 1037.º, n.º 2, do Código de 1961 é que levantou a dúvida pois do seu texto não se podia retirar a qualidade de terceiro abstraindo por completo da lide em concreto.

não é executado na acção específica onde aquela opposição se deduz ⁽³⁰⁾.

No que se refere à posição do cônjuge do executado, o texto da previsão legal aplicável foi simplificado com efeitos bastante positivos, pois que reduziu a uma regra geral os problemas relativos aos bens próprios e bens comuns, deixando à doutrina a tarefa da sua concretização — com as adaptações resultantes das novas regras: supressão da moratória forçada (novo artigo 1696.º do CC) e imposição da citação do cônjuge do executado em todos os casos de penhora de bens comuns (novo artigo 825.º, n.º 1) — e eliminou o seu carácter possessório que tantas dificuldade em termos de prova tinha trazido o direito anterior ⁽³¹⁾.

Actualmente, os embargos do cônjuge do executado, previstos no artigo 352.º, não apresentam, pois, a natureza de meios possessórios ⁽³²⁾, pois neles apenas se discute a questão da titularidade dos bens penhorados, a sua natureza comum ou própria, pela remissão para as regras gerais do direito patrimonial da família ⁽³³⁾.

O cônjuge do executado só pode, pois, embargar, quando a penhora tenha incidido sobre os seus bens próprios, que só respondem à cabeça por dívidas próprias e subsidiariamente por dívidas

⁽³⁰⁾ Assim, será sempre terceiro o cônjuge do executado ou os co-devedores deste que não tenham sido demandados, ou mesmo os devedores subsidiários. Mas, quanto a estes últimos, como refere REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 269, se o exequente fizer uso do novo artigo 828.º, n.º 3, e requerer a execução também contra o devedor subsidiário, quando este for citado supervenientemente para a execução a instância dos embargos extingue-se por inutilidade superveniente.

⁽³¹⁾ Resultantes da promiscuidade patrimonial da sociedade conjugal.

⁽³²⁾ Embora, nos termos gerais, o embargante possa alegar a posse como presunção da titularidade do direito que alega e consequente inversão do ónus da respectiva prova.

⁽³³⁾ Expressamente neste sentido, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 289. Este autor refere, ainda, que o cônjuge do executado pode sempre embargar como qualquer terceiro nos termos do artigo 351.º. Duvidamos que o artigo 352.º não tenha natureza imperativa e que mesmo na prática se possam consubstanciar situações em que, fora da previsão do artigo 352.º, o cônjuge do executado possa ser terceiro. Com efeito, entendemos o referido preceito como excepcional e taxativo, até porque nos termos do direito da família, todos os bens sobre os quais os cônjuges possam exercer direitos, ou são próprios, ou integram a comunhão conjugal, ou são adquiridos em compropriedade. Só quanto a esta última hipótese é que se poderia pensar que o cônjuge poderia embargar de terceiro nos termos gerais alegando o seu direito de compropriedade porque violado o artigo 862.º. Mas essa eventualidade já se encontra prevista no artigo 352.º quando este se reporta aos bens comuns.

comuns, e ele não seja executado, e quando tenham sido penhorados bens comuns e ele não tenha sido citado para requerer a separação nos termos do artigo 825.º, n.º 1 ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾.

Quanto aos sujeitos passivos dos embargos de terceiro, estes são cumulativamente as partes primitivas da execução nos termos expressos do artigo 357.º, n.º 1. Ou seja, o embargante tem que deduzir os embargos necessariamente contra o executado e o exequente, em litisconsórcio necessário passivo ⁽³⁶⁾.

2.2.2. *A titularidade do direito de fundo e as fases introdutória e contraditória*

No respeitante à causa de pedir dos embargos de terceiro, a maioria da doutrina pós 95/96 admite a possibilidade de esta con-

⁽³⁴⁾ TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva (...)*, ob. cit., p. 302, defende que se trata de uma situação de litisconsórcio necessário passivo natural ao abrigo do artigo 28.º, n.º 2. No mesmo sentido para o direito italiano, LUIGI PAOLO LOMOGGIO, ob. cit., p. 766.

⁽³⁵⁾ Por isso, como refere TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 301, não existe litisconsórcio necessário activo entre os cônjuges nos embargos de terceiro, ou seja, o cônjuge do executado tem sempre que embargar sozinho porque o executado não pode embargar de terceiro. Mas, no que respeita aos bens comuns, o que pode acontecer é uma simultânea utilização dos embargos de terceiro pelo cônjuge do executado e do incidente de oposição à penhora por parte do executado, já que se preenchem as respectivas previsões legais, como no exemplo de penhora de bens comuns por dívida própria do executado. Ambos irão defender os bens comuns que só subsidiariamente responderão por aquela dívida. Neste caso, por questões de celeridade processual e para obviar ao duplo tratamento dos mesmos factos em processos distintos, o mesmo autor entende que se o executado recorrer ao incidente de oposição, deve admitir-se a intervenção principal do executado, o que em nosso ver se conjuga com os prazos de ambas as figuras, pois que, como o executado tem 10 dias para se opôr e o seu cônjuge 30 para embargar, este pode sempre aguardar por aquela oposição. Só assim não poderá ser quando o cônjuge queira embargar de terceiro preventivamente pois o prazo dos 10 dias para a oposição só começa a contar da efectivação da penhora e o cônjuge pode ter interesse em embargar desde que saiba do despacho ordenatório.

⁽³⁶⁾ REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 270, escreve que assim já se impunha à luz do direito anterior pois que se o exequente pretendesse fazer uso do artigo 1041.º, n.º 1, e invocasse em resposta aos embargos a transmissão fraudulenta do bem do executado para o adquirente embargante, teria que provocar a intervenção do executado se este já não fosse também embargado. Tendo sido apenas o executado o embargado, o exequente, para poder trazer à colação dos autos a referida fraude — ou o facto da titularidade dos bens não pertencer ao embargante mas a ele ou ao executado —, era obrigado a provocar a sua própria intervenção espontânea.

sistir unicamente na alegação da posse afastada do direito cuja titularidade presume ⁽³⁷⁾ — porque o texto do artigo 351.º, n.º 1, coloca as duas possíveis causas de pedir de forma alternativa —, para daí retirar que na fase introdutória dos embargos ou aquando do proferimento do respectivo despacho de recebimento ou rejeição, deve ser apenas ponderada a posse, excluindo a titularidade do direito de fundo, só tratada na fase contraditória ⁽³⁸⁾. Neste sentido, a interpretação da expressão “existência do direito invocado pelo embargado” constante do artigo 354.º, n.º 1, a propósito da prova sumária, seria reportada exclusivamente à presunção da titularidade que a prova da posse acarreta, podendo, por isso, os embargos ser admitidos em casos de posse manifestamente formal e jurídica ⁽³⁹⁾.

Contudo, tais interpretações parecem-nos, salvo o devido respeito, um pouco deslocadas da prática. A realidade dos factos diz-nos que quando é elaborada uma petição de embargos o autor alega como causa de pedir nunca só a posse mas sempre também o direito de fundo a que esta corresponde, pois que traz sempre à colação dos autos os factos que expliquem a origem dessa posse ⁽⁴⁰⁾. O que pode de facto ocorrer é que a essa posse não cor-

⁽³⁷⁾ Assim, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 271; TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva Singular*, Lex Ed., Lisboa, 1999, p. 379; LEBRE DE FREITAS, *A acção Executiva à luz do Código revisto*, 2.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1997; idem *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, p. 236.

⁽³⁸⁾ Expressamente concluindo neste sentido, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 272-273.

⁽³⁹⁾ Neste sentido, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 271-271; LEBRE DE FREITAS, *A penhora de bens (...)*, ob. cit., p. 320; idem, *A acção executiva (...)*, ob. cit., p. 228; idem, *Reforma (...)*, ob. cit., pp. 461-460; CASTRO MENDES, *Acção executiva (...)*, ob. cit., pp. 134-138;

⁽⁴⁰⁾ Referimo-nos a uma questão de probabilidade, não afastando de todo a hipótese de o embargante alegar apenas a posse, mas considerando-a extremamente remota e tão virtual, a ponto de não podemos interpretar a lei moldando-a a essa situação especial. O embargante desenvolverá sempre, mesmo que acabe por no pedido final se referir só ao levantamento da penhora e à procedência dos seus embargos, as circunstâncias que levaram à sua posse, o que se traduz necessariamente na alegação do direito a que corresponde a posse, que não pode deixar de constituir também a causa de pedir dos embargos. Se o comodatário, por exemplo, alega a sua posse pedindo o levantamento da penhora, explicará certamente a que título é que tem a posse, descrevendo que tem um contrato de comodato ou apenas alegando factos que o consubstanciem. Se o embargante alegar apenas que tem posse porque tem poderes de facto sobre a coisa, certamente a petição terá que ser considerada pelo juiz como incompleta, proferindo este, normalmente, ao abrigo do artigo 265.º, n.º 2, um despacho de aperfeiçoamento aconselhando o embargante a expli-

responda o direito de propriedade mas um direito real menor ou um direito meramente obrigacional.

Por isso, a expressão “existência do direito invocado pelo embargante” constante do artigo 354.º deve ser interpretada no seio da alteração legislativa entretanto ocorrida como um todo, nomeadamente à luz do artigo 351.º. Se é verdade que o antigo artigo 1040.º do Código de 1961 apenas prescrevia que os embargos seriam recebidos ou rejeitados consoante a prova produzida, também é inegável que no direito anterior só se previa uma causa de pedir que era a posse. Portanto, o direito invocado deve encontrar-se sempre constante da causa de pedir de forma expressa ou então resultar da prova sumária produzida na fase introdutória, visando, contudo, esta prova apenas o direito e não só a posse como um facto perfeitamente destacado de qualquer direito que a legitime ⁽⁴¹⁾.

Por esse motivo, não podemos deixar de discordar da argumentação de que, quando se alega só a posse, a discussão — de facto e de direito — do direito de fundo, é sempre remetida para a fase contraditória ⁽⁴²⁾.

car melhor a sua posse. Se o embargante o não fizer, entendemos que a petição não deve ser logo indeferida liminarmente pois que durante a produção de prova se pode concluir pelo melhor enquadramento factual da alegada posse. Se isso não acontecer, ou seja, se após a prova sumária não se descortinar qual é o direito que titula a posse, o juiz só recebe os embargos, apesar de continuar a não ter elementos suficientes para decidir sobre a legitimidade do embargante, por causa da presunção de titularidade que a situação de facto de posse provada provoca. Apesar de não saber exactamente que direito é que justifica aquela posse, parece-nos que o juiz tem que presumir, nesta fase introdutória, que à posse corresponde em última *ratio*, o direito de propriedade, salvo, é claro, se da produção de prova resultar que outrém detém esse direito de propriedade e que a referida posse não é justificada por outro direito real mesmo menor.

⁽⁴¹⁾ Aparentemente neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *Código Processo Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 621-623. A prova sumária, como referimos, visará a procura do direito que legitime a situação de facto consubstanciada na posse. Ou se prova que o direito de propriedade pertence a outrém que não o embargante mas também se prova que este detém a coisa a título de outro direito menor, ou se prova que ninguém detém o direito de propriedade e o embargante beneficia da presunção de titularidade do direito de propriedade, ou se prova directamente que ele tem mesmo esse direito de propriedade ou outro direito real menor ou de gozo.

⁽⁴²⁾ Por isso o artigo 355.º prescreve que a rejeição dos embargos nesta fase preliminar não impede que o embargante possa fazer uso do seu direito de fundo e proponha acção declarativa ou reivindicação. Também por essa razão, a admissão dos embargos não é grande motivo de alegria para o embargante que não seja titular do direito de fundo, já que esta questão será tratada na fase contraditória, podendo os embargos cair com a *exceptio dominii*.

Como a rejeição ou admissão dos embargos se baseia exclusivamente na probabilidade — séria — da existência do direito invocado pelo embargante, nos termos do artigo 354.º, a prova incidirá sempre sobre o direito e eventualmente também sobre a posse (43). Por isso, a questão da titularidade desse mesmo direito poderá sempre ser ponderada na fase introdutória, na medida da prova produzida.

Por outro lado, prevê a lei expressamente, agora no artigo 354.º, primeira parte, que a petição de embargos possa ser objecto de despacho de indeferimento liminar. Assim, nos termos conjugados dos artigos 234.º-A, n.º 1, 476.º, 265.º, n.º 2, 288.º, n.º 1, al. d) e n.º 3, o juiz só pode aceitar a petição inicial de embargos após certificar-se, nomeadamente, (44) da legitimidade das partes, o que implica, da parte do embargante, a verificação da sua qualidade de terceiro. Ora, esta qualidade depende, como referimos, não apenas da prova fácil de que o embargante não é parte naquela execução em particular, mas da difícil e complexa demonstração de que é terceiro legítimo para embargar, ou seja, de que é terceiro titular de um direito ou de uma posse incompatível com a penhora porque se extingue com a venda executiva.

Seguido este despacho de deferimento do despacho de recebimento dos embargos, ambos em momento processual em que as partes contrárias não são ouvidas, cabe, pois, indagar sobre se a prova da titularidade do direito de fundo, embora sempre sumária, em todos os casos, (45) não terá que ser feita mesmo antes da fase contraditória.

(43) O que pode acontecer é provar-se apenas a situação de facto da posse e não se provar que o direito pertence a alguém. Nesse caso, para que a probabilidade séria de existência do direito de propriedade presumido pela posse possa ser decidida pelo juiz no despacho de recebimento dos embargos, é preciso que da prova sumária não tenham resultado dúvidas em sentido oposto (no sentido, por exemplo, de à posse não corresponder nenhum direito e ser, portanto, posse precária ou detenção). Mas o que é facto é que mesmo nestas hipóteses remotas, a prova e a decisão incidem sempre sobre o direito e não sobre só a posse.

(44) Além dos casos de caducidade dos embargos ou de outras razões de manifesta improcedência, como prevê o artigo 234.º-A.

(45) Incluindo as hipóteses remotas de só ser alegada a posse como uma situação de facto. Aí, ou o embargante completa a explicação da posse após despacho de aperfeiçoamento, ou resulta da produção sumária de prova a probabilidade séria de a ninguém, senão ao embargante, corresponder o direito de propriedade ou qualquer outro direito, real menor ou obrigacional. Será apenas uma dificuldade de prova, pois ao resultado aplicar-se-ão, no nosso entender, as mesmas conclusões que às hipóteses de ter sido desde logo alegado o direito de fundo.

Entendemos que sim.

Porque na altura da recepção da petição inicial de embargos o juiz não tem todos os elementos necessários para averiguar da verificação do pressuposto processual da legitimidade, poder-se-ia defender que o despacho de indeferimento só trataria das questões mais óbvias como se o embargante é ou não parte, se a posse que alega pode em qualquer tese ser ou não admitida. Neste sentido, o juiz devia indeferir liminarmente os embargos quando, por exemplo, a causa de pedir consistisse apenas na detenção manifesta do embargante, ou seja, quando este alegasse situações de óbvia mera detenção e não de posse, às quais o direito não concede nenhuma protecção a título de embargos.

Mas o que se segue de diferente até ao despacho de recebimento dos embargos é apenas a produção de prova sumária após a qual as partes apenas podem alegar rapidamente de facto e não de direito.

Assim, a mais valia para o juiz ponderar o deferimento ou indeferimento da petição de embargos trazida pela remissão do assunto para a fase introdutória, é, em regra, ⁽⁴⁶⁾ apenas a prova dos factos e não qualquer enquadramento jurídico, jurisprudencial ou doutrinário.

Por isso, ousamos concluir que deve ser no primeiro despacho a proferir pelo juiz, ⁽⁴⁷⁾ que este se deve pronunciar sobre a legiti-

⁽⁴⁶⁾ Não no caso de o embargante ter apenas alegado a situação de posse sem qualquer referência ao direito de fundo e assim continuar mesmo após despacho de aperfeiçoamento, porque, como defendemos, nessas hipóteses a mais valia da produção de prova sumária feita a seguir ao despacho inicial e durante a fase introdutória corresponde ao enquadramento jurídico da referida situação de facto.

⁽⁴⁷⁾ DUARTE PINHEIRO, ob. cit., pp. 36-37, destaca dos fundamentos do despacho de indeferimento liminar dos embargos, a manifesta ilegitimidade activa (porque o autor não é possuidor ou não é terceiro), a manifesta ilegitimidade passiva e a caducidade, não especificando se será logo neste momento ou apenas no despacho de recebimento dos embargos que o juiz deve ponderar a qualidade de terceiro do embargante. LEBRE DE FREITAS, *Código (...)*, ob. cit., pp. 622-623, escreve que o indeferimento liminar, como é anterior à produção de prova, deve ser reservado aos casos de caducidade, de ilegitimidade do embargante por não se verificarem os requisitos do artigo 351.º (embargos deduzidos por uma das partes da causa ou com base em posse ou direito compatível com a penhora) ou de manifesta improcedência do pedido (artigo 234.º-A, n.º 1); enquanto o despacho de rejeição “deverá ter lugar quando, embora a posse ou o direito invocado fosse em abstracto susceptível de fundamentar embargos de terceiro, da prova sumariamente produzida não resulta a séria probabilidade de verificação dos respectivos factos constitutivos ou resulta,

midade do embargante e, portanto, sobre se ele é ou não terceiro para efeitos de embargos ⁽⁴⁸⁾. Isto porque essa sua análise necessita apenas de ponderar questões de direito e de qualificação que não serão alteradas pela produção de prova que se segue porque pres-supõe-se nesse momento, pela forma como a factualidade é colocada pelo embargante na petição, que depois este a conseguirá provar. Se não o fizer, os embargos serão então rejeitados.

A opção por deixar para o despacho de recebimento dos embargos a questão da legitimidade do embargante significa somente um protelar no tempo de uma decisão que o juiz pode logo tomar aquando da entrada da petição de embargos.

Esta conclusão apesar das consequências muito liminares — porque traduz-se na força vinculativa da opinião do juiz — poderá à partida parecer muito limitativa dos direitos do embargante porque ele não tem muito mais oportunidades para reforçar a sua defesa teórica. Mas acaba por ser, em boa verdade, uma solução realista, já que a remissão do assunto para o despacho de recebimento apenas adia a solução e ilude o embargante com o decurso do tempo.

Outra hipótese seria a de considerar, como a que começámos por referir, que como esta questão é mesmo de direito muito complicada, deveria ser sempre deixada para a fase contraditória. Ora, mas isso seria fazer tábua rasa da utilidade da função introdutória e da sua natureza cautelar e célere que, apesar de tudo, não resulta num despacho liminar mas num despacho de recebimento ou de rejeição antecedido de uma sumária produção de prova.

A fase contraditória, como se traduz, ao contrário da primeira, sobretudo numa produção de prova solene e feita por todas as partes, com salvaguarda de todas as hipóteses de defesa nos termos gerais, acaba por também não trazer muito de novo em termos de

pelo contrário, a séria probabilidade da ocorrência de factos impeditivos, modificativos ou extintivos do efeito dos primeiros". Parece, pois que este autor, defende actualmente o tratamento da questão do direito de fundo logo na fase introdutória, mas apenas após a produção de prova, ou seja, só no momento do recebimento ou rejeição dos embargos e não logo aquando do despacho liminar.

(48) Em correspondência com o conteúdo da nota anterior, não nesses casos, onde todos os elementos para o juiz aplicar o direito só se reúnem com a produção de prova. De qualquer modo, o relevante é que a questão de fundo, decidida no momento do despacho inicial ou no momento decisivo da fase introdutória, não é remetida na sua totalidade para a fase contraditória.

razões de direito, só acrescentando a reconvenção do domínio. Esta fase deveria, por isso, reportar-se apenas ao aprofundamento dos factos e das argumentações jurídicas daquelas situações de direitos incompatíveis com a penhora que mesmo na doutrina e na jurisprudência são controvertidos mas admitidos.

Assim, na fase introdutória deveriam ser logo tratadas as questões da titularidade do direito, afastando-se desde logo aqueles direitos que são pela unanimidade da doutrina e da jurisprudência considerados como não incompatíveis com a penhora ⁽⁴⁹⁾ e deixando-se então para a fase contraditória os casos mais polémicos ⁽⁵⁰⁾.

Não obstante, sempre pode o juiz, antes de proferir o despacho liminar, socorrer-se do artigo 265.º, n.º 2, e proferir despacho de aperfeiçoamento, aconselhando o embargante a esclarecer melhor as suas razões de facto e de direito e a juntar mais provas, reforçando a sua argumentação ⁽⁵¹⁾.

Pelo exposto, o juiz não admite embargos de terceiro quando fique provado sumariamente que a posse é meramente formal ou que é só jurídica não podendo o titular do direito exercer a posse

⁽⁴⁹⁾ Releva-se o requisito da unanimidade porque se determinado direito for defendido como incompatível com a penhora mesmo por uma doutrina ou jurisprudência minoritárias (ou, independentemente da doutrina e da jurisprudência, consoante a argumentação do embargante e a fundamentação do juiz), devem ser os embargos recebidos porque se concede o benefício da dúvida ao embargante que será esclarecido na fase seguinte. De qualquer modo, essa fundamentação tem que ser minimamente consistente, sob pena do requisito da "probabilidade séria do direito invocado pelo embargante" previsto no artigo 354.º não ficar preenchido.

⁽⁵⁰⁾ Como veremos mais à frente, podemos considerar em regra como unanimemente incompatíveis com a penhora, os direitos pessoais de gozo, os direitos reais de garantia, os direitos de crédito.

⁽⁵¹⁾ ANTUNES VARELA, *Parecer ao Ac. do STJ de 20/10/98*, in *ROA*, ano 53, 1993, II, pp. 311-369, admite como válida a possibilidade de o juiz, antes do despacho de rejeição ou recebimento dos embargos, notificar os embargados para se pronunciarem, entendendo-a como mera intenção de esclarecimento por parte do juiz acerca do cabimento dos próprios embargos, e nunca como notificação para contestar. Pela nossa parte entendemos que estas notificações atípicas dos embargados logo na fase introdutória devem ser de evitar em casos — a ponderar cuidadosamente pelo próprio juiz — em que o conhecimento imediato dos embargos por parte dos embargados possa colocar em perigo os interesses do embargante. Não obstante, revela uma preocupação da parte do juiz em melhor e com mais cuidado compreender a situação de facto de modo a poder com mais certezas terminar a fase introdutória com finalidades de celeridade processual, evitando a remissão da matéria para a fase contraditória.

efectiva (52). Este entendimento serve, pois, as finalidades de celeridade processual quer dos próprios embargos quer, essencialmente, da sua fase introdutória, sem prejuízo dos seus efeitos práticos e úteis (53).

2.2.3. Os direitos incompatíveis com a execução

Contudo, a esta argumentação e ao tratamento da causa de pedir dos embargos de terceiro, falta a matéria mais controvertida que incide sobre a completa compreensão da qualidade de terceiro

(52) Tudo resultará da prova produzida. Se se conclui que, no caso de se ter alegado só a situação de facto da posse, a esta não corresponde nenhum direito (ou porque, por exemplo, se provou que o respectivo direito de propriedade corresponde a outra pessoa e ao embargante nem cabe a titularidade de um direito menor; ou porque se provou que o embargante é de facto detentor), ou seja, que é uma posse formal, os embargos devem ser rejeitados. Se se provar, no caso de se ter alegado posse e direito ou só o direito, que não existe posse efectiva mas apenas jurídica, não exercendo o titular desse direito poderes de facto sobre a coisa nem podendo exercer porque a posse pertence legitimamente a outro diferente do embargante (por exemplo quando o embargante é proprietário e o usufrutuário é outra pessoa e foi penhorado o usufruto e não a nua propriedade), os embargos devem ser rejeitados. Se a posse for meramente jurídica mas o titular do direito poder exercê-la também de facto (quando o bem está onerado com um usufruto pertencente a pessoa diferente do embargante mas é penhorada a nua propriedade ou quando e penhorado o direito de propriedade ou outro real menor e embargante não tem posse efectiva mas pode ter porque a coisa não se encontra legitimamente na posse de outrem). A ideia geral é a de admitir as situações que possam, independentemente da iniciativa processual posterior dos embargados, vir a fundamentar os embargos a final. Por exemplo, a alegação do direito de usufruto pelo embargante sendo o direito de propriedade do executado e incidindo a penhora sobre a nua propriedade, em princípio só constituirá razão para a rejeição dos embargos caso o executado alegue a *exceptio dominii* e mesmo nessa hipótese sempre o embargante poderá responder à excepção. Ou seja, esse direito deverá ser admitido como fundamento de embargos no final da fase introdutória.

(53) Assim, decidem-se imediatamente situações que eram remetidas para a fase contraditória sem haver necessidade de aprofundamento da prova porque tudo depende de um posicionamento jurídico e de qualificação e limitam-se os casos de utilização daquela segunda fase verdadeiramente declarativa e necessariamente mais demorada. Os verdadeiros interesses do embargante não ficam prejudicados de maneira nenhuma já que, nos termos do artigo 476.º, desde que os bens ainda não tenham sido judicialmente vendidos ou adjudicados, sempre pode o embargante deduzir em 10 dias nova petição de embargos ou recorrer do despacho de indeferimento liminar (embora com efeitos meramente devolutivos) ou do despacho de rejeição ou mover acção paralela a pedir a declaração do direito ou a reivindicação.

para efeitos de embargos, sobre o que sejam os direitos incompatíveis com a penhora. Cumpre debruçar-nos agora sobre ela.

O critério da incompatibilidade dos direitos com a penhora tem sido defendido de forma unânime na pouca doutrina que sobre o assunto tem escrito à luz do Código revisto, como referindo-se aos efeitos da continuação da penhora, ou seja, aos efeitos da venda em execução. Nesse sentido, serão incompatíveis com a penhora os direitos que não se devam extinguir, que se mantêm, com e apesar da venda executiva, ou seja, nos termos do artigo 824.º, n.º 2, do CC, os direitos, entre outros, reais de gozo que não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora ou garantia, excepto aqueles que, constituídos em data anterior, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo ⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Penhora de bens (...)*, ob. cit., pp. 80-82; idem, *Acção Executiva (...)*, ob. cit., pp. 377-378; LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva (...)*, ob. cit., p. 233; idem, *Código (...)*, ob. cit., pp. 616-617 [apesar de anteriormente em *A penhora (...)*, ob. cit., p. 313 e seguintes ter criticado este critério ao abrigo do direito anterior]; REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 268, 275, 277; e a jurisprudência apud TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva (...)*, ob. cit., p. 378; SALVADOR DA COSTA, *Os incidentes da instância*, 2.ª ed., Almedina Ed., Coimbra, 1999, p. 181. Como refere REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 276, podem embargar “os terceiros titulares de direitos impeditivos da alienação do objecto penhorado”. São direitos reais que produzem efeitos independentemente de registo, por exemplo, os direitos sobre móveis não registáveis, ou então, qualquer direito real de gozo (a propriedade, propriedade horizontal, usufruto, superfície, servidões prediais, etc) com excepção das servidões legais não aparentes e os direitos de uso e de habitação, que seja constituído por usucapião nos termos dos artigos 1296.º, ou seja, independentemente de qualquer registo. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 471-473.

⁽⁵⁵⁾ Esta incompatibilidade implica também a prevalência sobre qualquer *exceptio dominii* alegada pelos embargados. Estes ou afastam a posse ou os factos que sustentam a alegação do direito ou são obrigados a reconvir com o direito de propriedade para afastarem os embargos. Por exemplo, o caso do usufruto alegado pelo embargante numa penhora do direito de propriedade (tendo o usufruto registo anterior): ao embargado não lhe serve de nada alegar em reconvenção o seu direito de propriedade pois que o usufruto com registo anterior não se extingue com a venda executiva nos termos do artigo 824.º, n.º 2, e, por isso, não é afastado pelo direito de propriedade do embargado e prevalece sobre a penhora, podendo constituir fundamento válido de embargos. Outro exemplo inverso que releva apenas questões de prova: se o embargado alega só a posse como situação de facto (nos casos remotos que vimos acima) que presume o direito de propriedade. Apesar deste pertencer ao executado (porque, por exemplo, o embargado só tinha o usufruto com registo anterior à penhora), se este não o alegar em reconvenção e não afastar os factos que sustentam a referida posse, não ilide a presunção de titularidade e os embargos podem pro-

Esta incompatibilidade, pressupondo uma análise do referido preceito do CC, implica necessariamente uma tomada de posição sobre a relação entre o registo do direito e o registo da penhora, sobretudo porque o nosso tema restringe-se exactamente às situações em que o registo predial é obrigatório, pois que se trata da penhora de imóveis.

Como essas situações registais se reportam também à noção de terceiro para efeitos de registo predial, figura que nos últimos meses tem sido objecto de energéticas jurisprudência e doutrina, entendemos por melhor autonomizar esta matéria no ponto que se seguirá e tratar primeiro a questão da incompatibilidade dos direitos alegados pelo embargante de acordo com os princípios gerais, sem prejuízo das adaptações a final, se necessárias.

Assim, aplicando o critério acima delineado, diríamos que são incompatíveis com a penhora e que constituem fundamento legítimo para embargar de terceiros os direitos que de seguida se identificam ⁽⁵⁶⁾.

ceder. Mas nesse caso o que acontece é a manutenção de uma situação presumida que não corresponde à realidade e não a negação da previsão do artigo 824.º, n.º 2, porque nos termos da prova produzida, o embargante tinha o direito de propriedade. Por isso dissemos acima que, aquando da fase introdutória, se nada se provar em sentido contrário e ficar provado o suficiente para criar uma séria probabilidade, devem seguir os embargos com fundamento em alegação apenas da situação de facto da posse pois esta presume o direito de propriedade. É que, se esta presunção acabar por não ser afastada durante a fase contraditória, onde existe maior oportunidade para isso acontecer, os embargos podem proceder. Portanto, na recepção dos embargos nunca se deve ter como certa a alegação da *exceptio dominii* para qualificar o embargante como terceiro, pois aquela alegação é eventual. Deve ter-se sempre em consideração o artigo 824.º, n.º 2, e os casos em que independente de reconvenção do domínio, os embargos não podem proceder porque o direito extingue-se com a venda executiva (por exemplo, quando o embargado alegasse usufruto registado após a penhora, em princípio os embargos poderiam proceder se os embargados não reconviassem o domínio, mas devem ser rejeitados porque nunca se mantêm após a venda executiva).

⁽⁵⁶⁾ Seguimos neste ponto os ensinamentos de TEIXEIRA DE SOUSA, *Ação Executiva (...)*, ob. cit., pp. 307-313. No direito italiano, apesar de a lei expressamente atribuir a possibilidade de oposição à execução a terceiros titulares do direito de propriedade ou outros direitos reais, alguma doutrina defende a oponibilidade de terceiro titular de um direito de crédito, quando este se referia à entrega ou à restituição de uma coisa — portanto, no nosso caso, o promitente comprador com tradição da coisa, por exemplo. Cfr. CRISANTO MANDRIOLI, ob. cit., p. 141. Contra, SALVATORE SATTA, *Diritto processual civile*, Pádova, 1987, p. 736; PROTO PISANI, ob. cit., pp. 256-257. No direito alemão, o terceiro oponente à execução pode ser apenas o titular de um direito à entrega ou restituição de uma coisa mesmo que não seja o seu proprietário, desde que o domínio não pertença ao executado. Cfr. BROX-WALKER, ob. cit., p. 761; BRUNS-PETERS, ob. cit., p. 101 e JAUERNIG, ob. cit., p. 58 apud LEBRE DE FREITAS, ob. cit., p. 326.

Dentro dos direitos reais de gozo com registo anterior à penhora, a propriedade⁽⁵⁷⁾ por excelência, claro,⁽⁵⁸⁾; os direitos reais menores (usufruto, uso e habitação, direito de superfície, direito real de habitação periódica) quando penhorada a propriedade plena; a compropriedade se violado o artigo 826.º; a reserva de propriedade, excepto se a penhora incidir sobre a expectativa de aquisição nos termos do artigo 860.º-A⁽⁵⁹⁾. Nos termos do artigo 824.º, n.º 2, parte final, os direitos reais de gozo constituídos antes da penhora que produzam efeitos independentemente do

⁽⁵⁷⁾ Assim, o locador financeiro em execução movida contra o locatário sobre a penhora de bens objecto do respectivo contrato. Cfr., relativamente a todos os direitos que de seguida se indicarão, a jurisprudência apud TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva (...)*, ob. cit., pp. 384-390.

⁽⁵⁸⁾ Quando tenha sido penhorada a nua propriedade em todos os casos; quando tenha sido penhorado um direito real menor sobre o mesmo bem; não quando tenha sido penhorado um direito real menor e o proprietário o tenha alienado a outra pessoa (em penhora de usufruto quando o usufruto pertence a outro que não o embargante, este não pode embargar de terceiro porque a sua propriedade não vai ficar prejudicada).

⁽⁵⁹⁾ O alienante sob reserva de propriedade continua, por isso, a ser titular do direito de propriedade pelo que pode deduzi-lo em embargos de terceiro. O que conta para efeitos de registo a comparar com o da penhora é o registo da cláusula de reserva de propriedade. Alguma jurisprudência é contra por entender que o vendedor sob reserva de propriedade não tem a posse real e efectiva do bem. TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 384, discorda porque a efectividade da posse é hoje irrelevante. Neste caso pensamos que sim porque o adquirente não tem efectivamente nenhum direito real sobre o bem mas apenas uma expectativa jurídica registável e, portanto, mesmo se a penhora incidisse só sobre direitos reais menores, sempre estes ainda se encontrariam na esfera jurídica do vendedor. Já assim não seria se em vez disso o adquirente tivesse um direito real menor e a penhora incidisse só sobre esse direito, pois aí o direito de propriedade não seria incompatível com ela porque não se extinguiria com a venda. A este propósito TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., pp. 384-385, e alargando as condições a todas as situações de propriedade do executado sob condição resolutiva, também refere que o adquirente sob reserva de propriedade pode embargar numa penhora sobre esse bem no âmbito de uma execução contra o respectivo vendedor, desde que alegue apenas a sua expectativa de aquisição para evitar a extinção desta pelo artigo 824.º. No mesmo sentido no direito alemão, BRUNS-PETERS, ob. cit., pp. 99-100, BROX-WALKER, ob. cit., pp. 754-759; JAUERNIG, ob. cit., pp. 56-57, apud LEBRE DE FREITAS, ob. cit., p. 333. Temos, salvo o devido respeito, algumas dúvidas pois que o fundamento dos embargos de terceiro ou é a posse ou é o direito e a expectativa de aquisição não é um direito. De qualquer modo, o que é verdade é que o direito de propriedade do adquirente existe embora sob condição resolutiva e se aplicarmos as regras gerais, incluindo o artigo 273.º do CC, o adquirente pode efectuar actos conservatórios do seu direito, o que justificaria a dedução de embargos. No direito italiano, os tribunais entendem que basta ao embargante a prova do contrato de compra e venda com reserva de propriedade por pagar, caindo o ónus da prova do pagamento ao executado que o pode cumprir mesmo na acção executiva.

registro. E nos termos do artigo 291.º do CRegP, o direito do embargante que se fundamenta na declaração de nulidade ou anulação da transmissão onerosa do bem penhorado a favor do executado, quando deduz os embargos registados nos três anos subseqüentes à conclusão daquela transmissão ⁽⁶⁰⁾.

Quanto aos direitos reais de garantia, a regra é a de que os seus titulares não podem embargar de terceiro porque têm o direito de, no âmbito da execução, reclamar os seus créditos nos termos do artigo 864.º, n.º 1, al. b) e 865.º, n.º 1, pelo que dessa forma os seus direitos não se extinguirão com a venda executiva ⁽⁶¹⁾. As excepções são as do credor titular da garantia que embarga com fundamento no facto de o seu devedor não ser o executado pois nesse caso ele não pode reclamar, ⁽⁶²⁾ e a do direito do promitente comprador no caso de tradição da coisa constituído antes da penhora ⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ Mesmo que tenham sido registados após a penhora, mas só no caso de dupla alienação previsto no artigo 291.º do CRegP, ou seja, quando o embargante tiver sido o primeiro adquirente do bem que não registou, tendo o seu vendedor vendido o bem a outro que por sua vez o registou e o alienou ao executado que estava de boa fé porque nada sabia da história e confiou no registro. Aceitamos esta hipótese por ora, sem prejuízo de diferente conclusão infra após explicarmos a nossa posição sobre a noção de terceiro para efeitos de embargos.

⁽⁶¹⁾ No mesmo sentido no direito italiano, SEMIANI BIGNARDI, *La retenzione sull'esecuzione singolare e nel fallimento*, Pádova, 1960, pp. 88 e seguintes.

⁽⁶²⁾ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 383; CASTRO MENDES, *Direito Processual (...)*, vol. III, ob. cit., pp. 409 e seguintes; REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 278-279, que acrescenta os casos de privilégios creditórios; LEBRE DE FREITAS, *Ação Executiva (...)*, ob. cit., p. 233-234. Este último autor alarga esta hipótese também aos direitos reais de aquisição.

⁽⁶³⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da retenção do promitente na venda executiva*, in *ROA*, ano 57, 1997, pp. 551-552, escreve apenas que nestes casos o direito de retenção não tem apenas eficácia compulsória porque a coisa retida responde por débitos que se aproximam do seu valor real e porque dominam preocupações sociais que protegem a posse da coisa mesmo contra pretensões de terceiros. Concluindo, que o retentor promitente comprador não tem um direito real de garantia mas de gozo pois a protecção legal garante-lhe o gozo da coisa numa posse própria e legítima, aplicando o artigo 824.º, n.º 2, parte final, porque, sendo de garantia ou de gozo, este direito produz sempre efeitos contra terceiros independentemente de registro. TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 307 entende que este autor, apesar de concluir pela não caducidade do direito de retenção do promitente comprador, não esclarece sobre a dedução de embargos ou a possibilidade de reclamação de créditos. Em nosso entender e salvo o devido respeito, pensamos que os termos limitados da colocação do problema por MENEZES CORDEIRO, não nos deixa sequer concluir que este direito não caduca com a venda executiva, mas tão somente que preenche a previsão da parte final do

No que se refere aos direitos reais de aquisição e no caso paradigmático do promitente comprador com eficácia real nos termos do artigo 413.º do CC, não existe, em regra, legitimidade para embargar de terceiro porque o seu titular, tendo apenas a faculdade de impôr a sua aquisição a qualquer terceiro, pode adquirir o bem através da venda executiva nos termos do artigo 903.º. Excepcionalmente, tal como no caso anterior, existindo tradição da coisa, o promitente comprador actua como um verdadeiro possuidor em nome próprio pelo que pode embargar ⁽⁶⁴⁾. Quanto aos preferentes

artigo 824.º, n.º 2, porque pode ser aposto a terceiros independentemente de registo. Com efeito, deste preceito, aqueles direitos que não dependem de registo apenas têm outra forma de se relacionar com a penhora para efeitos de prevalência: não podendo valer a prioridade do registo, valerá a data de constituição do acto. Assim, serão fundamento de embargos, porque não se extinguem com a venda executiva, estes direitos desde que constituídos antes da penhora. Por isso, entendemos que MENEZES CORDEIRO só poderá defender que o promitente comprador retentor poderá embargar de terceiro desde que o seu direito tenha sido constituído antes da data da penhora, pois que, nesse caso, apesar de poder continuar a reclamar, poderia também embargar. De relevar que MENEZES CORDEIRO, a p. 552 realça que o seu estudo trata do direito obrigacional do promitente comprador com tradição da coisa, ou seja, afastando da hipótese de sujeição desse direito a registo com efeitos reais. Como o artigo 755.º, n.º 1, al. f) concede ao seu titular esse direito real de garantia, este funciona *erga omnes* mesmo em relação ao direito obrigacional. Contra TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 310, refere, citando jurisprudência, que apesar dos artigos 759.º, n.º 3, e 670.º, al. a) concederem o direito de embargar de terceiro ao retentor, o promitente comprador não pode embargar quando é executado o próprio promitente vendedor, mas apenas pode reclamar o seu crédito. Entendemos, pela nossa parte, que se assim é perante o promitente vendedor por maioria de razão o será perante qualquer terceiro que venha a adquirir a coisa, já que o direito de retenção a persegue. Considerando os circunstancialismos e a argumentação apresentados por MENEZES CORDEIRO, temos dúvidas em que no caso da tradição da coisa, o direito de retenção, embora excepcionalmente, não conceda ao promitente comprador, mesmo contra o promitente vendedor, o direito de embargar de terceiro. Aliás, essa parece ser também a opinião de TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 310, a propósito do mesmo caso com efeitos reais. Ora, sob a perspectiva do direito de retenção, não nos parece que exista diferença em relação à promessa real ou obrigacional com a tradição da coisa. A diferença existe, sim, quando encaramos a situação na perspectiva apenas da imposição do direito de aquisição (execução específica) porque só esse é que depende do registo real para poder ser oponível a terceiros.

⁽⁶⁴⁾ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 310; MENEZES CORDEIRO, *A posse (...)*, ob. cit., p. 77; ANTUNES VARELA, *Anotação ao Ac. do STJ de 25/02/86*, ob. cit., pp. 347 e seguintes, referindo, nomeadamente, os casos em que o promitente comprador celebra já em nome próprio os contratos de electricidade e água e telefone. Neste caso, para evitar uma posterior execução específica do contrato contra o adquirente do bem após a venda executiva (tal como a acção de reivindicação no caso do embargante com direito de propriedade sobre o bem penhorado), o promitente comprador real com tradição da coisa pode embargar de terceiro em qualquer execução, independentemente das pessoas

reais a estes também não assiste o direito de embargar porquanto podem exercer os seus direitos de preferência no âmbito do regime da execução, designadamente aquando da venda executiva nos termos dos artigos 421.º do CC, 892.º, n.º 1, e 896.º, n.º 1.

No que respeita aos direitos pessoais de gozo, como não prevalecem sobre os direitos reais, porque não são oponíveis ao exequente nos termos do artigo 819.º do CC, extinguem-se após a venda executiva nos termos do artigo 824.º, n.º 2, do CC pelo que, em regra, o seu titular não pode embargar de terceiro. Porém, nos termos conjugados dos artigos 1057.º e 1037.º, n.º 2, do CC, o locatário e o arrendatário com registo anterior à penhora podem embargar⁽⁶⁵⁾. A expressa remissão feita para as acções possessórias nos regimes do parceiro pensador, comodatário e depositário (artigos 1125.º, n.º 2, 1133.º, n.º 2, e 1188.º, n.º 2, do CC), levariam a pensar que estes titulares poderiam embargar de terceiro em todas as situações. Acontece que, presente o disposto no artigo 824.º, n.º 2, constituindo meros direito obrigacionais,⁽⁶⁶⁾ cedem sempre perante o direito real de garantia concedido ao exequente pela penhora, pelo que extinguir-se-ão sempre com a venda executiva⁽⁶⁷⁾. Não obstante, as referidas remissões legais não per-

dos embargados. Contra, entendendo que não fazendo uso do artigo 903.º a venda executiva continua e o promitente comprador real não pode mais exercer o seu direito real de aquisição, TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 389. A favor, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 279 e 362. Este autor acrescenta, ainda, a hipótese de o embargante já ter proposto acção de execução específica registada antes da penhora, caso em que pode embargar. Pela nossa parte, constituindo o direito de aquisição um ónus real, somos de entender, salvo o devido respeito, que se aplicam as regras da prioridade do registo, pelo que, nos termos do artigo 824.º, n.º 2, se o promitente comprador tiver registo anterior ao da penhora, o seu direito prevalece sobre esta, acompanhando a coisa penhorada e vendida na execução.

⁽⁶⁵⁾ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação de bens dados em garantia — Natureza jurídica da locação*, in *ROA*, ano 45, 1985, III, pp. 345-390, pp. 363 e seguintes. No direito alemão, existe uma acção específica distinta dos embargos de terceiro que é utilizada por estes terceiros possuidores em nome alheio — a Erinnerung, nos termos do § 766 ZPO.

⁽⁶⁶⁾ Contra, defendendo a natureza real do direito do parceiro pensador e comodatário, MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, ed. de 1979, Lex Ed., Lisboa, 1993, pp. 695-704.

⁽⁶⁷⁾ TEIXEIRA DE SOUSA, *A penhora (...)*, ob. cit., pp. 82-83, defende que o comodatário não pode embargar de terceiro mas como a sua caducidade pela venda executiva não depende da sua vontade e não consta do artigo 824.º, n.º 2, pode exercer os seus direitos sobre o produto da venda e ser indemnizado pela perda da posse nos termos do artigo 824.º, n.º 3. Pensamos que o mesmo raciocínio será de aplicar no caso do parceiro pensador.

dem conteúdo útil, pois que estes titulares podem embargar em todas as outras situações de diligências judiciais que não impliquem uma transmissão judicial ⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾.

Em consequência, também não podemos deixar de concluir que a posse formal, desprovida de qualquer direito de fundo, como a posse precária e a mera detenção, extingue-se sempre com a penhora, pelo que não é com esta incompatível, não podendo o seu titular embargar de terceiro.

Retomando o assunto anterior da titularidade do direito de fundo que deve ser desde logo na fase introdutória considerada pelo juiz, temos que este no despacho liminar ou no de rejeição dos embargos, deve (desde que tenham sido alegados factos ou produzida prova sumária nesse sentido, claro), afastar os casos do embargante que alega: mera situação de facto da posse desacompanhada de qualquer direito de fundo (posse formal, precária ou mera detenção); direito real menor quando a penhora incida apenas

⁽⁶⁸⁾ Não o arresto ou a penhora mas, por exemplo, o arrolamento. Assim, não perde significado a posição de ROSÁRIO RAMALHO, ob. cit., sobre os direitos em nome próprio do locatário, parceiro pensador, comodatário e, em alguns casos, do depositário que afasta, nomeadamente, as vozes que se levantam no sentido destes titulares de direitos pessoais de gozo poderem eventualmente embargar em nome e em substituição do proprietário. Se a tutela da posse que lhes assiste é, afinal um direito próprio, não tem sentido qualquer figura de representação jurídica, sobretudo quando a relação com o proprietário já se encontra tutelada pelo dever de avisar qualquer perturbação da posse, nos termos dos artigos 1038.º, al. h), 1135.º, al. g) e 1187.º, al. b). Contra esta posição, LEBRE DE FREITAS, Acção (...), ob. cit., pp. 235-236; idem, *Exertos declarativos do processo executivo — Aspectos do novo processo civil*, Lex Ed., Lisboa, 1997, pp. 322-323; idem, *Código (...)*, ob. cit., pp. 616-617, que escreve que é incompatível com a penhora a posse em nome de outrém, que não o executado, que se baseie em direito pessoal de gozo ou de aquisição do bem penhorado. Este autor, *Acção (...)*, ob. cit., p. 235, equipara a estes casos o direito pessoal de gozo de que é titular o promitente comprador com tradição da coisa. REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 278, embora considere que o direito meramente obrigacional destes embargantes não seja oponível à penhora por força do artigo 819.º do CC, defende que podem embargar se em vez do direito alegarem a posse em nome alheio relativa a pessoa diversa do executado. Pela nossa parte aderimos ao afastamento que ROSÁRIO RAMALHO, fez das doutrinas da representação a propósito da posse em nome alheio e à defesa de um interesse possessório próprio. Nem teria sentido com base nos mesmos factos, fossem eles interpretados como direito próprio ou como posse em nome de outrém, serem atingidos efeitos opostos.

⁽⁶⁹⁾ Embora para além do nosso tema que se limita à penhora de imóveis, cabe referir a possibilidade de um credor, no caso de penhora de crédito, poder embargar de terceiro se alegar que o crédito é dele e não do executado.

sobre a nua propriedade em execução contra o proprietário; a compropriedade e não existe uma violação do artigo 826.º; reserva de propriedade em penhora de expectativa de aquisição; direito real menor sobre imóvel com registo posterior à penhora; direito real sobre móveis ou qualquer direito real por usucapião constituídos em momento posterior à penhora; direito de garantia excepto se alegar que o devedor não é o executado e no caso do promitente comprador com tradição da coisa com constituição anterior à penhora; direito real de aquisição excepto no caso do promitente comprador real com tradição da coisa; preferência mesmo real; qualquer direito pessoal.

Assim, deixar-se-ia apenas para a fase contraditória os grandes dilemas de qualificação, desde que na fase anterior se tenha produzido prova sumária mas bastante para se criar a séria probabilidade de estes factos corresponderem à verdade. Se estas situações passam ao crivo do despacho que termina a fase introdutória, não será porque não se pode discutir a questão da titularidade do direito de fundo na fase preliminar mas apenas porque nesta se conseguiu provar suficientemente no sentido da rejeição. Portanto, a remissão para a segunda fase acontece por motivos probatórios e não por uma questão de maior ou menor dignidade da primeira fase.

2.2.4. *A reconvenção dos embargados*

2.2.4.1. *A excepção do domínio*

A revisão de 95/96 manteve a possibilidade de os embargados alegarem a excepção do domínio, já prevista no anterior artigo 1042.º, al. b), consagrando-a nos mesmos termos no artigo 357.º, n.º 2, como reconvenção ao abrigo do artigo 274.º, mas apenas nas hipóteses em que o embargante apenas alegue a situação de facto da posse e os embargos tenham sido admitidos porque a prova sumária da fase introdutória não afastou a séria probabilidade de esses factos terem ocorrido, o que se traduz na não ilisão da presunção da titularidade do direito respectivo.

Assim, tanto pode o executado contra-alegar que a coisa penhorada lhe pertence, como o pode fazer o exequente, mas só quando o embargado alegue a posse formal ou precária ou qualquer outra que se extinga com a venda executiva, ou seja, aquela que se baseia em direito não incompatível com a execução, como vimos supra. Porque se o embargado alegar posse incompatível com a penhora, a reconvenção não procede ⁽⁷⁰⁾.

Cabe indagar a razão da limitação legal da reconvenção aos casos de invocação da mera posse por parte do embargante, quando se acaba por concluir conforme o direito no qual ela se baseia ou cuja titularidade ela presume. Com efeito, se a reconvenção procede ou não conforme a posse alegada presuma a titularidade de um direito compatível ou incompatível com a venda executiva, não se compreenderia, à partida, porque tendo o embargante alegado só o direito não podiam os embargados responder com outro direito prevalecente ⁽⁷¹⁾.

Nestas hipóteses, em nosso entender, só haveria efeito útil, ou seja, a reconvenção só procederia, se o direito alegado pelo embargante fosse compatível com a penhora, ou seja, se se extinguisse com a venda executiva. Aí, o direito de propriedade do executado prevaleceria sempre. Caso contrário, prevaleceria sempre o direito do embargante porque oponível à penhora.

Ora, assim sendo, só tem sentido a previsão do 357.º, n.º 2, se considerarmos, como acima, que os direitos manifestamente compatíveis com a penhora devem ser logo sanados no despacho de recebimento dos embargos. Ou seja, se o embargante alega nesta fase inicial desde logo um direito que não se extinguirá com a venda executiva, não lhe assiste um fundamento válido para embargar, devendo os embargos cair logo aí. Por isso é que depois na fase contraditória não se pode reconvir contra direitos, porque aqueles que passaram a fase inicial, são todos incompatíveis com a

⁽⁷⁰⁾ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva (...)*, ob. cit., pp. 304-305; REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 274;

⁽⁷¹⁾ Por exemplo, tendo o embargante fundamentado os seus embargos num direito de usufruto com registo posterior à penhora do direito de propriedade total, sempre poderiam os embargados contestar com o seu direito de propriedade, pois que, como o usufruto se extingue com a venda, a reconvenção venceria.

penhora e prevalecerão sempre sobre o direito de propriedade do executado.

Essa situação não acontece quando o embargante alega a mera situação de facto que consubstancia a posse porque, em princípio, se pressupõe que, não tendo sido produzida prova suficiente para determinar qual o direito real em causa, esta presume a titularidade do direito de propriedade.

Se da prova sumária resultar que o direito presumido é um direito real menor, porque a situação de facto aponta nesse sentido, só poderemos aceitar a previsão do artigo 357.º, n.º 2, de forma restrita, ou seja, apenas para os casos em que, ou não se conseguiu fazer prova da data do registo do direito presumido, ou se conseguiu fazer prova de que o registo é anterior à penhora ⁽⁷²⁾.

É que, no caso de se ter conseguido provar que o direito que a posse presume é um direito real menor com registo posterior à penhora, ou um direito real menor em penhora de nua propriedade, somos de entender que não existe razão para não aplicarmos o mesmo raciocínio da alegação do direito e optarmos por uma rejeição dos embargos já que essa posse irá necessariamente extinguir-se com a venda independentemente da reconvenção do domínio.

2.2.4.2. *As outras excepções*

Aplicando-se os princípios gerais das acções declarativas e as regras da contestação, nada obsta à possibilidade de os embargados poderem deduzir quaisquer outras excepções peremptórias ou dilatórias previstas na lei contra a alegada posse, além de lhes ser igualmente permitido reconvenccionar com fundamento distinto do direito de propriedade, nomeadamente, atacando a própria transmissão feita do executado para o embargante — através da invocação da nulidade por simulação ou da impugnação pauliana nos termos do artigos 240.º e 605.º e 610.º do CC.

Inovando mais uma vez, o Código actual aboliu, pois, por completo, a referência que o antigo artigo 1041.º, n.º 2, fazia à transmissão do executado para o embargado e os seus efeitos legais

(72) Prova que depois será feita na fase contraditória.

de rejeição dos embargos no caso de ser manifesto — pela data do acto ou por quaisquer outras circunstâncias — que a transmissão tinha sido feita com o intuito do executado subtrair o respectivo bem à sua responsabilidade patrimonial.

Como supra se apontou, esta previsão legal já tinha muitos opositores no seio da doutrina e da jurisprudência sustentadas ao abrigo do Código anterior, pois que confrontada com o regime análogo da impugnação pauliana, manifestava muitas incompatibilidades de regulamentação que não se justificavam quando a razão da tutela jurídica era exactamente a mesma.

A nova ordem processual, na esteira do pensamento da doutrina que se debatia contra a jurisprudência, nomeadamente dos Acs. do STJ de 14/6/63 e de 7/3/6, ⁽⁷³⁾ veio consagrar a igualação das duas figuras, admitindo implicitamente a necessidade do exequente, no ataque à transmissão do bem penhorado para o embargante, provar que este pelo menos conhecia a intenção do executado fugir à sua responsabilidade patrimonial com o contrato entre ambos celebrado, ou seja, estava também de má fé em conluio com o executado.

Esta exigência justifica-se à luz dos próprios interesses do embargante. Sendo este também prejudicado pela execução, caso esteja de boa-fé, e tendo já provado uma transmissão oponível à penhora, não tem sentido dar-se prevalência novamente ao direito do exequente onerando o embargante com a automática e inilidível cumplicidade relativamente à intenção fraudulenta do executado. Se é também o embargante o prejudicado com a continuação da execução porque se provou que o bem tem que ser desta afastado, não pode ser ele o castigado por um acto ao qual possa ter sido perfeitamente alheio ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷³⁾ Anotados por VAZ SERRA, obs. cit.. Cfr. DUARTE PINHEIRO, ob. cit., pp. 67-83.

⁽⁷⁴⁾ Em sentido oposto, LEBRE DE FREITAS, *Penhora (...)*, ob. cit., pp. 339, embora não de forma muito clara, revogada, aparentemente, pela adesão às alterações legislativas patente em *Acção (...)*, ob. cit., pp. 239-240; REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 295-296, defendendo que não devem ser aplicadas as regras da impugnação pauliana e exigir-se ao exequente a prova da má fé do embargante porque essa protecção dos direitos do exequente só se justificam quando a responsabilidade patrimonial ainda não está accionada, ou seja, no momento da impugnação pauliana mas não no momento em que essa responsabilidade do executado já foi accionada e o exequente já tem uma penhora. Da nossa parte, mantendo o que supra defendemos, de relevar apenas que se o exequente tem uma penhora, o embargante tem um direito a esta oponível.

2.3. *Questões soltas da tramitação*

Na sequência das regras gerais sobre prazos previstas no Código revisto, os vinte dias após a efectivação da penhora ou o conhecimento dela por parte do embargante, previstos no antigo artigo 1039.º, passaram para 30 dias seguidos constantes do artigo 353.º, n.º 2 ⁽⁷⁵⁾. O termo final incerto de dedução dos embargos corresponde à venda ou adjudicação judicial pois que aí a execução extinguiu a sua instância ⁽⁷⁶⁾.

No que toca aos efeitos do despacho de recebimento dos embargos, a diferença entre o artigo 1041.º, n.º 2, e o artigo 356.º reside apenas na exigência impreterível de prestação de caução ⁽⁷⁷⁾ pelo embargante que tivesse requerido a restituição provisória na petição inicial, que actualmente se resumiu a uma mera possibilidade exercida ao abrigo da discricionariedade técnica do próprio juiz ⁽⁷⁸⁾. Esta restituição da posse, ⁽⁷⁹⁾ contudo, só pode ser aceite quando o possuidor anterior ao tribunal tiver sido o embargante ⁽⁸⁰⁾.

Mais complexa, embora não alterada pela Reforma, parece ser a matéria da suspensão da execução relativamente aos bens objecto de embargos ⁽⁸¹⁾.

Nos termos do artigo 356.º, o despacho de recebimento dos embargos de terceiro “determina a suspensão dos termos do processo em que se inserem” quanto aos bens cujos embargos procederam provisoriamente.

⁽⁷⁵⁾ Cabendo o ónus de prova da caducidade aos embargados, nos termos gerais do artigo 343.º, n.º 2, do CC.

⁽⁷⁶⁾ Sendo sempre possível ao embargante instaurar uma acção de reivindicação.

⁽⁷⁷⁾ Que segue os termos do incidente a que alude o artigo 990.º por apenso ao processo de embargos.

⁽⁷⁸⁾ Como refere LEBRE DE FREITAS, *Código (...)*, ob. cit., pp. 624-625, o valor da caução terá em consideração, no caso de imóveis, a perda do eventual rendimento do bem por parte do exequente e dos credores reclamantes.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *Restituição de posse e ocupação de imóveis*, Coimbra ed., Coimbra, 1976.

⁽⁸⁰⁾ Não sendo possível nos casos em que, tendo o embargante um direito incompatível com a penhora, não tem, contudo, a posse real.

⁽⁸¹⁾ Prosseguindo, por isso, a execução em relação aos outros bens e podendo o exequente nomear outros bens do executado à penhora nos termos do artigo 836.º, n.º 2. São nulas as vendas de bens em execução objecto de embargos. Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Anulação de venda judicial*, in *RLJ*, n.º 82, p. 375. Quaisquer actos processuais praticados em relação aos bens embargados após a suspensão, são nulos nos termos dos artigos 201.º, n.º 1, e 909.º, n.º 1, al. c).

Estamos em crer que se trata necessariamente de uma suspensão parcial da instância ⁽⁸²⁾ executiva, com aplicação das regras gerais respectivas, nomeadamente, do artigo 283.º ⁽⁸³⁾.

No tocante aos embargos repressivos ⁽⁸⁴⁾, deduzidos após a efectivação da penhora, a suspensão implica a paragem provisória dos ulteriores termos da execução, paralizando o seu andamento. Assim, nos termos do referido artigo 283.º, n.ºs 1 e 2, relativamente àqueles bens, não se praticam mais actos e suspendem-se todos os prazos que entretanto começaram a correr, ou seja, os bens imóveis continuam na posse do tribunal e a ser administrados pelos respectivos depositários nos termos dos artigos 838.º, n.º 3, 839.º e 843.º.

Isso não significa, obviamente, como o despacho de recebimento é provisório, que a penhora seja levantada mas apenas que a execução não continue, com a oposição do executado, com a convocação dos credores e, sobretudo com a venda ou adjudicação. Contudo, nos termos do artigo 283.º, n.º 3, tal suspensão não afasta os actos que se traduzam na extinção da execução, cessando os embargos por inutilidade superveniente da lide e, em consequência, a referida suspensão.

O embargante pode, porém, requerer logo com a petição inicial de embargos a restituição provisória da sua posse sobre o bem, desde que tivesse, anteriormente ao tribunal, sido o respectivo possuidor, aplicando-se as regras gerais da providência cautelar nominada dos artigos 393.º a 395.º, bem como as disposições gerais dos artigos 381.º a 392.º. No entanto, não é necessário o embargante provar o justo receio de lesão grave e reparável, porquanto a lei lhe concede em norma especial — o artigo 356.º — esse direito só limitado à avaliação dos circunstancialismos por parte do juiz que apenas pode exigir ou não a caução e, por outro lado, não é ouvido o exequente, aplicando-se as previsões dos artigos 390.º e 391.º.

Com esta restituição provisória, os poderes do depositário judicial apenas se suspendem também e não cessam, passando o

⁽⁸²⁾ Neste sentido expressamente, SALVADOR DA COSTA, ob. cit., p. 201.

⁽⁸³⁾ Cfr. em especial ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1980, pp. 382-383; idem, *Comentário ao Código de processo Civil*, vol. III, Coimbra Ed., Coimbra, 1946, pp. 244-247.

⁽⁸⁴⁾ Pois o regime dos preventivos desenvolveremos adiante.

embargante a exercê-los da mesma forma, porquanto ele perante a execução não é o proprietário, o que será só decidido no final dos embargos.

Se o juiz determinar a prestação de caução e o embargante não a prestar, a suspensão mantém-se, mas a restituição não é concedida, continuando o depositário judicial a exercer os seus deveres de boa administração.

Se o despacho de recebimento for objecto de recurso, este sobe nos autos do incidente de embargos apenas quando este estiver findo e sem efeito suspensivo desapensando-se os embargos da execução, nos termos dos artigos 691.º, n.º 1, 733.º, 736.º, 739.º, n.º 1, al. b), 739.º, n.º 2, e 740.º *a contrario*. Quanto ao despacho de rejeição dos embargos, o recurso sobe imediatamente nos próprios autos de embargos, mas apenas com efeitos suspensivos do processo de embargos e não da execução — que, no caso dos embargos repressivos só se suspende com o recebimento —, nos termos dos artigos 734.º, n.º 1, al. a), 736.º, 739.º, n.º 1, e 740.º. Isto significa que, se o embargante recorrer do despacho de rejeição, os embargos não terminam para todos os efeitos, mas depois poderão cessar por inutilidade superveniente da lide se a decisão do recurso, a ser procedente, só ocorrer após a venda executiva ⁽⁸⁵⁾.

2.4. A natureza jurídica dos embargos de terceiro

Afastado das acções possessórias, considerando sobretudo o alargamento da sua causa de pedir ao direito de fundo que acaba por abafar a própria autonomia da posse ⁽⁸⁶⁾ como seu fundamento, os embargos perderam em nosso entender definitivamente o carácter fundamental de meios de tutela possessória a ponto de tal caracte-

⁽⁸⁵⁾ Por isso estamos em crer que o embargante, em circunstâncias extremamente especiais e fundamentadas, pode requerer com sucesso o efeito suspensivo do agravo nos termos do artigo 740.º, n.º 3 (estamos, por exemplo, a imaginar a situação do promitente comprador real de um imóvel com tradição da coisa, encontrando-se a venda executiva próxima e toda a sua família lá a habitar com muitas dificuldades financeiras para arranjar outro lugar para morar e o recurso se fundamentar numa questão objectiva com hipóteses de subsistência. De qualquer modo, a excepção à regra tem que ser justificada sobremaneira).

⁽⁸⁶⁾ E o desaparecimento desse carácter possessório no que se refere aos embargos do cônjuge do executado.

terística, meramente eventual, não poder participar da sua essência e, por isso, não relevar em sede de natureza jurídica ⁽⁸⁷⁾.

Nos termos do preâmbulo do DL 329-A/95, ⁽⁸⁸⁾ o novo enquadramento dos embargos de terceiro como incidente da instância justifica-se sobretudo pelo facto da pretensão do embargante integrar um processo pendente entre outras pessoas e ter por fim a efectivação de um direito incompatível com a subsistência dos efeitos de algum acto judicial de afectação ilegal de um direito patrimonial do embargante ⁽⁸⁹⁾.

Mas cabe-nos a nós indagar sobre se é essa verdadeiramente a natureza jurídica dos embargos de terceiros, considerando o seu regime e a sua estrutura muito própria.

O incidente processual reporta-se àquelas situações em que se torna necessário incrustar numa acção ou recurso específico uma questão acessória ou secundária que se traduz na prática de vários actos processuais que fogem ao núcleo essencial dos problemas a serem tratados naquela acção principal. A origem do incidente reside, portanto, no surgir de uma questão controvertida no seio de um processo autónomo que deve ser julgada antes da decisão final deste porque lhe é relevante. Uma questão que é alheia ao processo de onde nasce mas que merece um tratamento processual e fáctico perfeitamente autónomo, embora acessória e secundária não resultante da tramitação normal do processo principal, correndo, excepcionalmente por apenso ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁷⁾ Contra, defendendo que os embargos mantêm, essencialmente, uma feição possessória, MENEZES CORDEIRO, *A posse (...)*, ob. cit., p. 152.

⁽⁸⁸⁾ “a circunstância de a pretensão do embargante se enxertar num processo pendente entre outras partes e visar a efectivação de um direito incompatível com a subsistência dos efeitos de um acto de apreensão patrimonial, judicialmente ordenado no interesse de alguma das partes da causa e que terá legitimamente atingido o direito invocado pelo terceiro embargante”.

⁽⁸⁹⁾ Neste sentido, SALVADOR DA COSTA, ob. cit., pp. 180-181; HELDER MARTINS LEITÃO, *Da instância e seus incidentes*, Elcla Ed., Porto, 1997, p. 173.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. SALVADOR DA COSTA, ob. cit., pp. 7-9; MANUEL AUGUSTO GAMA PRAZERES, *Os incidentes da Instância no actual Código de Processo Civil*, Braga, 1963, p. 13; ALBERTO DOS REIS, *Comentário (...)*, ob. cit., pp. 563-564. O primeiro autor refere que os incidentes de liquidação e de verificação do valor da causa não constituem verdadeiras questões acessórias pois decorrem do processamento normal da tramitação da acção onde se inserem. Cfr. no direito brasileiro e no mesmo sentido, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Acção declaratória incidental no novo código de processo civil*, in *RF*, vol. 246, ano 70, fasc. 850-852, 1974, pp. 217-220.

Mas importa debruçar-nos sobre a comparação dos regimes para colocar a problemática em análise perto das bases que revelam mais próxima a intenção do legislador e a justificação da lei.

Em boa verdade, os artigos das disposições gerais aplicáveis aos incidentes, 303.º e 304.º, só se adequam na perfeição à fase introdutória dos embargos e mais propriamente à forma como a petição inicial é apresentada, atento o artigo 353.º, n.º 2, já que após o despacho de recebimento dos embargos, a lei remete expressa e directamente os ulteriores termos para a acção sumária ou ordinária, pelo que nunca a partir desse momento se aplicarão aquelas regras incidentais.

Assim, é logo na petição inicial que o embargante deve apresentar todos os seus meios de prova, sob pena de não o poder fazer mais tarde ⁽⁹¹⁾ Prova que se sujeita aos limites previstos no artigo 304.º, o que bem se compreende à face da prova sumária que esta primeira fase admite.

No entanto, pelas regras especiais dos embargos, não se aplica o artigo 303.º, n.ºs 2 e 3, porque de incidente os embargos só têm a petição já que a oposição segue a forma declarativa normal. Isto significa que, ao contrário de todos os outros incidentes nominados e atípicos, o aspecto verdadeiramente incidental dos embargos não admite oposição, ou seja, não é ouvida a outra parte, não é contraditório.

Por outro lado e ao contrário dos outros incidentes de intervenção de terceiros, os embargos não pressupõem a actuação do embargante na própria acção executiva mas de forma apensada, paralela e autónoma. Originalmente face a todos os outros incidentes em bloco, apresentam uma complexidade acentuada ⁽⁹²⁾ e fazem caso julgado material. Por isso, alguma doutrina considera errada a qualificação dos embargos de terceiro como incidente da instância executiva, relevando a sua natureza fundamental de acção declarativa ⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ Nada o impede, contudo, de protestar juntar um documento se alegar razão justificativa e se auto limitar em termos temporais a sua apresentação.

⁽⁹²⁾ Só o incidente de liquidação no início da execução comporta também uma eventual fase declarativa mas não corre por apenso.

⁽⁹³⁾ Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *Acção (...)*, ob. cit., pp. 241-242; idem *Código (...)*, ob. cit., pp. 627-630, alegando inclusivamente que, por isso, a notificação pre

Pela nossa parte relevamos que verdadeiramente declaratória só o é a segunda fase dos embargos de terceiro, pois a fase introdutória tem tão só carácter preventivo ou cautelar ⁽⁹⁴⁾. Com efeito, a petição inicial de embargos repressivos serve na perfeição as finalidades típicas de uma providência cautelar conservatória prevista nos termos dos artigos 381.º e seguintes ⁽⁹⁵⁾ ⁽⁹⁶⁾.

Contudo, a causa principal de que depende não é a acção executiva, mas a segunda fase dos embargos, que antecipa e prepara, que vai fundamentar de forma definitiva o direito que começou a ser acautelado provisoriamente com o recebimento dos embargos.

vista no artigo 357.º só pode ser pessoal a efectuar nos termos do artigo 256.º porque tem os efeitos cominatórios decorrentes da não contestação, e que a seguir-se o entendimento da lei também os embargos de executado e a acção de verificação e graduação de créditos, seriam considerados incidentes. Defendendo que os embargos, a despeito da sua inserção no novo Código como incidentes, “continuam a ser uma acção declarativa autónoma e especial que corre por apenso ao processo executivo”, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 292-293.

⁽⁹⁴⁾ Neste sentido, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 294. Cfr. também MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências cautelares não especificadas*, Coimbra Ed., Coimbra, 1979. No direito brasileiro e no mesmo sentido, CASTRO FILHO, *Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos*, in *RF*, vol. 246, ano 70, fasc- 850-852, 1974, pp. 212-216; GALENO LACERDA, *Processo cautelar*, in *RF*, vol. 246, ano 70, fasc- 850-852, 1974, pp. 151-159; VIANNA LIMA, *O processo cautelar no novo código de processo civil*, in *RF*, vol. 246, ano 70, fasc- 850-852, 1974, pp. 106-115; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, RT Ed., São Paulo, 1992.

⁽⁹⁵⁾ Como descreve MANUEL RODRIGUES, *Do processo conservatório*, Baroeth Ed., Lisboa, 1942, pp. 2-5, 13-14, à luz do Código de 1939 mas ainda com aplicação a propósito da justificação dos processos cautelares, “[...] da demora da decisão final pode vir a suceder que um direito se extinga antes de verificado por sentença, ou que o seu conteúdo não possa ser efectivado depois, ou só o possa ser com reduzido valor, ou finalmente que uma situação prejudicial se consolide. Há, por consequência, necessidade [...] de tomar as providências de carácter conservatório destinadas a evitar a destruição do direito ou a consolidação de um estado de facto contrário a um direito constituído, ou a tornar possível a execução eficaz da sentença”; “Supõe sempre que se destina a garantir o desenvolvimento ou o objectivo de um outro processo, o processo definitivo”; “Na sua essência há o carácter de acessoriedade”; “O processo conservatório pode ser proposto no decurso da causa ou antes dela se iniciar. No primeiro caso, é de algum modo um processo incidental, processado por apenso”.

⁽⁹⁶⁾ Referindo que os embargos de terceiro reúnem no seu fim normal uma acção propriamente dita e no seu fim cautelar uma fase inicial cautelar da execução e do autor, o que a aproxima dos processos cautelares em especial da restituição da posse por esbulho violento, só que nesta não é necessária a caução pois a diligência judicial é sempre esbulho forçado, ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., p. 342.

Constituirá, pois, a fase introdutória, uma providência cautelar que é instaurada preliminarmente à acção declarativa que se lhe segue num segundo momento, nos termos do artigo 383.º, n.º 1. Mas, ao contrário da estrutura normal das providências — artigo 383.º, n.ºs, 2 e 3 — a fase introdutória não é apensada à fase seguinte, constituindo ambas um todo incidível. Apesar de normalmente o processo cautelar ser dependente do processo definitivo mas viver sem a precedência daquele, ⁽⁹⁷⁾ no caso dos embargos isso não sucede porque a fase introdutória é imprescindível à fase seguinte.

Assim como, nos embargos, o despacho de rejeição e de recebimento em relação à decisão sobre a fase contraditória, o julgamento das providências não afecta nem influencia a decisão da acção principal — artigo 283.º, n.º 4.

Tal como nos incidentes, até porque as regras destes são subsidiariamente aplicáveis às providências cautelares nos termos do artigo 384.º, n.º 3, nestas toda a prova tem que ser oferecida aquando da petição inicial — artigo 384.º, n.º 1.

E bem como no caso específico dos embargos em que os embargados só entram nos autos após o recebimento daqueles no início da segunda fase, podem as providências ter lugar sem a audiência do arguido sendo este só notificado após a sua decretação — artigo 385.º, n.º 5. A gravação necessária da prova nesse caso prevista no artigo 386.º, n.º 4, ocorre também nos embargos por força do artigo 304.º, n.º 3.

As condições do recebimento dos embargos correspondem exactamente às do decretamento das providências, repetindo o artigo 387.º, n.º 1, a expressão do artigo 354.º, “probabilidade séria da existência do direito” ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁷⁾ Como refere FRANCISCO CARNELUTTI, ob. cit., pp. 63, o processo cautelar distingue-se do definitivo porque não pode ser deste independente: o processo definitivo não supõe o cautelar mas este supõe aquele.

⁽⁹⁸⁾ Como refere TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção (...)*, ob. cit., p. 315, “Este critério aponta para uma apreciação fundada num juízo de probabilidade especialmente qualificada sobre a existência do direito alegado pelo embargante e da sua incompatibilidade com a penhora. Isto é, o tribunal só pode admitir os embargos de terceiro se formar a convicção sobre a elevada probabilidade da sua procedência.”

Porém, ao contrário da providência que prevê a oposição do requerido ao seu decretamento mesmo quando não ouvido antes, nos termos do artigo 388.º, n.º 1, al. b), nos embargos os réus só podem recorrer do despacho de recebimento sem efeitos suspensivos.

Posta a comparação entre regimes, concluímos que a fase introdutória é uma verdadeira providência cautelar da segunda fase, assumindo esta uma natureza de acção declaratória.

Aderimos, não obstante, à integração dos embargos como incidentes processuais pois a sua estrutura muito própria que abrange uma fase declarativa antecedida de uma cautelar, não lhe retira o carácter de questão controvertida que interessa à acção principal e que autonomamente tem que ser decidida para que a decisão final da acção principal se complete. Pelo contrário, esta estrutura dualista e eventual — porque os embargos podem ficar limitados à fase introdutória — reforça o seu carácter incidental já que atenua a sua complexidade de tramitação em comparação com os outros incidentes. Afinal, os embargos deduzidos podem chegar apenas a constituir uma fase rápida não contraditória que termina com o despacho de rejeição cujo recurso implica a desapensação da acção executiva, como vimos.

E se os embargos não pressupõem a intervenção de outra pessoa como parte na acção executiva, ao contrário das outras intervenções de terceiros, de relevar que por algum motivo os embargos integram uma divisão específica da referida intervenção de terceiro: exactamente porque assumem características distintas, isto é, existe de facto a intervenção de um terceiro que ficou afectado com a acção principal, que pode actuar, embora numa acção autónoma apensada, alterando sobremaneira os termos do processuais da acção principal com consequências fundamentais a ponto de esta ser parcialmente suspensa.

Por outro lado, outros incidentes existem que não implicam a intervenção de terceiros e a crítica da má integração sistemática dos embargos na intervenção de terceiros não implica o afastamento da sua natureza incidental.

Acresce, ainda, o facto de nos outros incidentes de terceiros previstos no CPC, a causa geral da necessidade da intervenção consistir em “trazer para o processo um terceiro que pode ser prejudicado pela sentença a proferir entre as partes originárias ou ao qual

se pretende estender a eficácia dessa sentença” (99). Ora, nos embargos, como a matéria controvertida não pode ser julgada no decurso normal dos trâmites da acção principal, autonomiza-se outros autos nos quais se integram todos os eventuais interessados, atribuindo-se, por isso, caso julgado material à decisão final de mérito.

Restam-nos algumas dúvidas resultantes do facto de ser possível atribuir aos embargos de terceiro uma verdadeira natureza cautelar, não apenas da sua fase introdutória em relação à fase declarativa mas também em relação à própria acção executiva. De facto, a cautela visada pela fase inicial dos embargos não cuida apenas de preparar a acção que se lhe segue protegendo o embargante de processos desnecessários, mas, em especial, de evitar que a acção executiva seja afectada por uma acção declarativa demorada que suspende parcialmente os seus termos quando tal não se justifique à luz do equilíbrio dos interesses do embargante e dos embargados e da finalidade da execução.

Por outro lado, a dedução de embargos, mesmo procedentes, serve os interesses da própria execução porquanto evita que depois de vendidos ou adjudicados os bens o terceiro os viesse legitimamente reclamar, já que a não dedução de embargos quando o direito do embargante é incompatível com a penhora, não afasta a possibilidade de o embargante recorrer às acções declarativa de apreciação e de reivindicação, porquanto o seu direito não se extingue com a penhora.

Os embargos tutelam, assim, o próprio interesse do exequente, dos credores reclamantes e dos futuros adquirentes pois aquele tem oportunidade de nomear outros bens à penhora e todos em nada ficam beneficiados se o embargante vier mais tarde reivindicar o bem pois a procedência desta acção tem por efeito a nulidade da venda judicial nos termos do artigo 909.º, n.º 1, al. d), devendo o adquirente receber o dinheiro que entregou pela compra do bem e o exequente e credores reclamantes devolverem o valor recebido pela penhora, sendo o bem entregue ao embargante.

Assim sendo, poder-se-ia pensar que os embargos funcionariam como uma providência cautelar perante a acção principal, não

(99) ALBERTO DOS REIS, *Intervenção de terceiros*, Coimbra Ed., Coimbra, 1948, p. 7.

devendo ser integrados nos incidentes da instância. Acontece que, pelo facto de a acção também acautelada ser a fase contraditória, a estrutura e regime das providências cautelares previstos na lei destaca-se efectivamente mais dos embargos do que o enquadramento incidental. Isto significa que apesar dos embargos apresentarem muitas irregularidades face à figura geral dos incidentes, denotam, todavia, mais semelhanças com estes do que com a providências, já que para se integrar na natureza jurídica desta, as alterações e adaptações seriam mais notórias e mais forçadas ⁽¹⁰⁰⁾.

A ideia de se considerar os embargos como um processo especial também não se justifica pois que acabam por lhe serem aplicadas as regras dos incidentes e/ou das providências cautelares na primeira fase e da acções declarativas sumárias ou ordinárias à fase seguinte. A opção por diferente enquadramento e distinta natureza jurídica não teria, por isso, qualquer efeito útil.

E a propósito, porque o interesse do aprofundamento das questões da natureza jurídica só existe quando nos possam responder a algumas dúvidas em termos de regime e de aplicação em concreto, convém neste momento analisar os efeitos práticos da nossa adesão ao enquadramento incidental dos embargos, sem prejuízo da qualificação de providência cautelar que atribuímos à fase introdutória.

A ideia geral é a de que se aplicam as regras gerais das acções declarativas sumárias ou ordinárias à fase contraditória dos embargos, enquanto que a sua primeira fase se rege quer pelo regime dos incidentes, quer pelo regime das providências. Em caso de conflito — o que é difícil dada a equiparação feita pela lei —, devem prevalecer as regras específicas das providências cautelares em tudo o que não afecte a essência dos incidentes, ou seja, a relação que os embargos têm com a acção executiva ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Só imaginando uma complexa relação entre a fase inicial dos embargos que acautela a fase contraditória e a execução e os embargos no seu todo que acautelam esta. Os embargos seriam uma providência cautelar da execução abrangendo uma acção definitiva. Não faz sentido.

⁽¹⁰¹⁾ Não podendo, por exemplo, a aplicação de qualquer regra especial das providências cautelares à fase introdutória dos embargos traduzir-se numa alteração dos termos da instância executiva pois isso só acontece e através da suspensão, com o recebimento dos embargos.

Uma decorrência fundamental da natureza cautelar da fase inicial dos embargos é o seu carácter urgente, devendo aplicar-se directamente aos embargos o artigo 382.º, n.ºs 1 e 2. Assim, devem os actos processuais dos embargos de terceiro, apenas na sua primeira fase, preceder qualquer outro serviço judicial não urgente; devem os respectivos prazos correr em férias nos termos do artigo 144.º, n.º 1; e deve ser imposto ao juiz o prazo de 15 dias para decidir após a prova sumária. Estas conclusões só beneficiam as partes da acção executiva e reforçam a finalidade dos embargos, pelo que não afectam o carácter incidental destes.

Apesar de a sua previsão constituir um elemento objectivo de justiça, somos contrários à aplicação do artigo 387.º, n.º 2, aos embargos. Com efeito, o artigo 354.º é imperativo no que respeita à tendência da decisão do juiz sobre a rejeição ou recebimento dos embargos, tudo dependendo exclusivamente da existência ou não do direito invocado. Criar um outro fundamento autónomo de rejeição de embargos, sobretudo extremamente subjectivo, limita os direitos do embargante à revelia da lei, alterando uma figura excepcional e frustando as suas finalidades. A estes motivos acresce também o facto de esta previsão não ser aplicável aos procedimentos cautelares nominados, nos termos do artigo 392.º, n.º 1.

Do mesmo modo, entendemos que também não é de aplicar o artigo 387.º, n.º 3, não apenas porque para o embargante a prestação de uma caução por parte dos embargados nunca evita a finalidade essencial dos embargos, isto é, a venda executiva do bem e a necessária acção posterior de reivindicação, mas sobretudo porque é pressuposto deste preceito o decretamento da providência o que, transportado para os embargos, significa que se passa num momento posterior ao recebimento destes, quando já se aplicam as regras das acções declarativas.

O artigo 388.º, n.º 1, al. b) também não se justifica porque quando os embargos são ouvidos é já na fase contraditória onde lhes assistem melhores garantias de defesa.

Naturalmente que, se a fase declarativa for declarada improcedente, os embargos de terceiro extinguem-se e caduca a cautela decretada na fase inicial, no espírito do artigo 389.º.

Constituindo o artigo 390.º, n.º 2, uma grave oneração dos direitos do embargante que não se encontra prevista no regime dos embargos, entendemos que não é de aplicar. Conclusão diferente retiramos da análise do n.º 1 do mesmo preceito legal. Assim, consideramos que o embargante pode ser responsabilizados nos termos gerais — em acção de responsabilidade extracontratual civil por factos ilícitos, perfeitamente distinta e autónoma da execução — quando tenha deduzido os embargos sem razão justificativa ou os faça caducar unilateralmente, desde que tenha agido com culpa e não tenha usado a prudência do homem médio colocado perante o caso concreto ⁽¹⁰²⁾.

Poderemos pensar também que deve ser considerado crime todo o acto que, contra o recebimento dos embargos, afecte os bens em causa de forma diferente da prevista na suspensão da execução que se lhe segue, nos termos do artigo 391.º e porque o despacho de recebimento equivale ao decretamento de uma providência cautelar. Afastamo-nos dessa conclusão, não porque não o justificassem as mesmas circunstâncias, mas por causa da rígida tipicidade penal que afasta qualquer interpretação extensiva dos tipos de crime, além do facto de tal regime afectar a relação entre embargos e acção executiva de forma distinta da que prevê a lei em termos incidentais.

Dado que os artigos 303.º e 304.º são aplicáveis subsidiariamente às providências cautelares, nunca seriam com estas incompatíveis, pelo que não existirá conflito a resolver.

III. O conceito de terceiro

1. O conceito de terceiro para efeitos de registo predial

Como vimos, o conceito de terceiro para efeitos de embargos adoptado pela unanimidade da doutrina, pressupõe a aplicação do

⁽¹⁰²⁾ De qualquer modo, como já acentuava JOAQUIM PIRES DE LIMA, *O insucesso da providência cautelar e a sanção aplicável ao requerente*, in *ROA*, ano 51, 1991, pp. 101-105, p. 102, no caso de indeferimento liminar não há responsabilidade do requerente porque não chegou a dedução a produzir efeitos na esfera jurídica do requerido.

artigo 824.º, n.º 2, do CC que se refere expressamente à problemática do registo predial e às regras da sua prioridade.

Somos, por isso, imediatamente remetidos para o tratamento desta matéria em sede de código do registo predial e direito registral⁽¹⁰³⁾.

1.1. Os efeitos do registo⁽¹⁰⁴⁾

Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do CRegP, “Os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo”, do artigo 6.º, n.ºs 1 e 3, do mesmo diploma, “O

⁽¹⁰³⁾ Tendo o presente trabalho um prazo inicial de entrega reportado ao Dezembro de 1999, quando a alteração ao Código do Registo Predial, produzida pela publicação do DL 533/99, de 11/12, entrou em vigor, já o mesmo se encontrava terminado, pelo que, tendo o prazo final sido alargado para final do mês de Abril de 2000, evitámos, com o acordo do Excelentíssimo Senhor Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa, a total reformulação do trabalho e limitámo-nos à conformação da nossa posição com a nova perspectiva do legislador, numa nota final de actualização. Daí que todo o nosso discurso posterior prossiga à luz do Código de Registo Predial antigo, sem prejuízo das necessárias e eventuais alterações a final de acordo com a nova versão legal do referido diploma. Pelas mesmas razões na mesma nota final serão também ponderadas as posições doutrinárias só publicadas após a finalização do nosso estudo: a *ROA*, ano 59, vol. I, 1999, onde foram publicados, a este propósito do conceito de terceiro, um artigo do Professor Teixeira de Sousa e da Mestre Ana Paula Costa e Silva, e as duas últimas publicações de Isabel Pereira Mendes. Cfr., ainda, a primeira nota de rodapé deste estudo.

⁽¹⁰⁴⁾ Seguimos nesta matéria os ensinamentos de MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, ob. cit.; OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil — Reais*, ob. cit.; idem, *Efeitos substantivos do registo predial*, in *ROA*, sep., 1974; MOREIRA E FRAGA, *Direitos Reais*, ob. cit.; GONÇALVES SALVADOR, *Terceiros e os efeitos dos actos ou contratos*, Lisboa, 1962; PEDRO MACEDO, *Manual das falências*, Coimbra, 1968; ANTUNES VARELA e HENRIQUE MESQUITA, in *RLJ*, ano 127, pp. 20-23; idem, ibidem, ano 54; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1972; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade e Teoria dos Registos*, Coimbra, 1966; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, 3.ª ed. Coimbra Ed., Coimbra, 1986, pp. 91-101; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Registo da acção judicial (sua relevância processual e substantiva)*, in *OD*, ano 124, III, 1992, pp. 495-512; idem, *Contrato de promessa de compra e venda*, in *CJ*, ano XI, tomo IV, pp. 7 e seguintes; ISABEL PEREIRA MENDES, *Código de Registo Predial*, Lisboa, 1987; *Repercurssão no registo das acções dos princípios de direito registal e da função qualificadora dos conservadores do registo predial*, in *OD*, ano 123, I, 1991, pp. 599-621; TEIXEIRA DE SOUSA, *A Penhora de bens na posse de terceiros*, in *ROA*, ano 51, 1991, I, pp. 75-87; ORLANDO DE CARVALHO, *Terceiros para efeitos de registo*, in *BFDUC*, n.º 70, 1994, pp. 97-106.

direito inscrito em primeiro lugar prevalece sobre os que lhe seguem relativamente aos mesmos bens, por ordem da data dos registos e, dentro da mesma data, pelo número de ordem das apresentações correspondentes”; “O registo convertido em definitivo conserva a prioridade que tinha como provisório”, e do artigo 7.º, “O registo definitivo constitui presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito, nos precisos termos em que o registo o define”.

Assim, conjugados estes preceitos com os artigos 349.º e 350.º do CC, e sendo as presunções em regra afastadas por prova em contrário, com excepção das inilidíveis, o registo predial no nosso direito não tem eficácia, em regra, constitutiva⁽¹⁰⁵⁾ mas apenas declarativa ou presuntiva, com a excepção da hipoteca cujo registo é constitutivo nos termos do artigo 687.º do CC e do artigo 4.º, n.º 2, do CRegC porque oponível mesmo entre as próprias partes⁽¹⁰⁶⁾.

No entanto, pode o registo presuntivo ser qualificado como consolidativo ou como enunciativo.

Será enunciativo relativamente aos direitos que são oponíveis perante terceiros independentemente do registo, como sejam os

⁽¹⁰⁵⁾ Como no direito alemão, onde o § 873 do BGB estipula que para “a transmissão da propriedade de um prédio, para a oneração de um prédio com um direito, assim como para a transmissão e oneração desse mesmo direito, é necessário a concordância do titular e da outra parte acerca da produção da mudança jurídica e a inscrição da modificação no registo, desde que a lei não disponha diferentemente”. Cfr., MENEZES CORDEIRO, *Direito Reais*, reimp., Lex Ed., Lisboa, 1993, pp. 283-285. Assim, nesta ordem jurídica, ao contrário do nosso direito, o contrato de compra e venda não tem eficácia real mas meramente obrigacional, não transmitindo a propriedade, sendo o registo imprescindível à eficácia perante terceiros. Daí a forte organização e amplitude do cadastro da propriedade na Alemanha. Por isso, nos países onde tal não acontece — como em Portugal onde não existe cadastro dos prédios urbanos e o dos rústicos abrange parte do território, até porque não o permitem as próprias razões histórico-geográficas —, o registo não tem efeito constitutivo porque é o próprio contrato com eficácia real que transmite a propriedade. A complicação resulta do facto de o nosso país ter importado — como a Epanha —, todo o sistema de registo alemão — com os princípios do trato sucessivo, da legitimação, da legalidade da identificação do prédio, etc. —, mantendo a eficácia real dos contratos de transmissão da propriedade. A solução, não pode, pois, no nosso entender e como explicaremos mais adiante, residir na atribuição indirecta desse efeito constitutivo, nomeadamente através da adopção de uma concepção ampla de terceiro para efeitos de registo predial.

⁽¹⁰⁶⁾ Como escreve ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 100, não existe uma substituição da verdade material por uma verdade registal ou tabular, “[...] mas, ao invés, a manutenção das duas verdades, cada uma com o seu regime e a sua esfera possível da situação jurídica do bem [...]”.

direitos reais de gozo constituídos por usucapião, pois esse registo concede tão só um suplemento de publicidade que lhe facilita a prova, já que contra esse titular ninguém, mesmo com presunções inilidíveis de registo, pode opôr outro registo ou direito.

Caso diferente é o registo consolidativo que tem lugar quando o titular do direito a ele sujeito o regista para que contra ele e em relação a certos terceiros de boa fé não se possa formar uma presunção inilidível que tornaria o seu direito inoponível. Continuamos, pois, nos efeitos presuntivos pois não existe qualquer efeito autónomo.

Esta presunção inilidível, apesar de não constituir direitos *ex novo*, segue um regime especial denominado aquisição tabular e que protege em certas circunstâncias os terceiros que adquiriram de boa fé um bem e o registaram crendo na validade do registo predial anterior, de forma que contra eles também não pode ser alegado qualquer outro registo sobre o mesmo bem.

Assim, nos termos do artigo 17.º, n.ºs 2 e 1 do CRegP, “A declaração de nulidade do registo não prejudica os direitos adquiridos a título oneroso por terceiro de boa fé, se o registo dos correspondentes factos for anterior ao registo da acção de nulidade” e “A nulidade do registo só pode ser invocada depois de declarada por decisão judicial com trânsito em julgado”.

Isto significa que a invalidade registal anterior, mesmo pro-
vada em tribunal, não pode ser posteriormente alegada contra terceiros que estejam de boa fé, tenham adquirido o direito em causa a título oneroso, tenham registado o seu direito antes ou à data em que foi registada a acção de declaração de nulidade do registo e tenham agido com base neste ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Não nos vamos deixar agora enredar — mais do que já nos atrevemos — pela complexa doutrina sobre os efeitos constitutivos do nosso registo predial. A questão centra-se na previsão do artigo 17.º, n.º 2, e na chamada aquisição tabular. Enquanto que, por exemplo, MENEZES CORDEIRO insiste em que mesmo esta aquisição tabular não afasta o efeito meramente declarativo pois o alienante continua o verdadeiro titular, já OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 349, escreve que o efeito aí é manifestamente constitutivo. Sem querer discutir em profundidade, como a importância do problema e as vozes discordantes o exigem, aderimos apenas à posição que entendemos maioritária do efeito constitutivo no caso da aquisição tabular.

O problema de interpretação surge quando a invalidade do registo não é motivada por questões registais mas por razões substanciais ⁽¹⁰⁸⁾.

O registo pode ser inválido por vícios registais como a inexistência, a nulidade e a inexactidão, nos termos dos artigos 14.º, 16.º e 18.º, ⁽¹⁰⁹⁾ ou pode ser inválido por razões de substância, porque o acto substancial que visa publicitar é inválido. Trata-se, em todas as situações, de uma invalidade do registo, regulada pelo artigo 17.º, n.º 2, do CRegP.

Acontece que o artigo 291.º do CC também regula essa matéria de invalidade substancial, protegendo o terceiro adquirente de boa fé, mas condicionado essa protecção à condição do prazo de 3 anos após a aquisição do terceiro.

Resta ponderar como se conjugam os dois preceitos legais. Ou os separamos radicalmente pelas suas origens, defendendo que o artigo 291.º regula situações apenas de direito substantivo porque integra o CC e que o artigo 17.º, n.º 2, se reporta unicamente a situações de direito registal porque faz parte do CRegP, tese adoptada pelo Prof. Menezes Cordeiro ⁽¹¹⁰⁾. Ou tentamos uma conjugação possível à luz da ideia geral da tutela do terceiro de boa fé, como desenvolve o Prof. Oliveira Ascensão ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Exemplificando: quando X falsifica um título de aquisição e obtém de um funcionário incompetente uma inscrição do bem Y a seu favor, a invalidade é registal; quando o mesmo X apresenta um título aquisitivo perfeitamente genuíno e regista nos termos gerais e legais mas o negócio que gerou aquela aquisição é nulo por um vício não aparente que não pode ser conhecido pelo conservador, a invalidade é substantiva. A esta última situação também se equipara aquela outra em que A vende o bem a B e depois a C e depois a D e só este último é que regista. A segunda e a terceira vendas são nulas por constituírem vendas de bens alheios, mas tal vício é imperceptível quer para o conservador quer para o terceiro que, consultando o registo predial verifica que A é o seu proprietário e regista com toda a boa fé.

⁽¹⁰⁹⁾ Que regulam situações como, respectivamente, o registo lavrado em conservatória territorialmente incompetente ou insuprível a falta de assinatura do registo; o registo falso ou lavrado com base em títulos falsos ou insuficientes, ou omissos ou inexactos, ou assinado por pessoas incompetentes funcionalmente, sem apresentação prévia ou em violação do trato sucessivo; ou lavrado em desconformidade com o título ou com deficiências desse título.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex Ed., Reprint de 1979, 1993, Lisboa, pp. 277 e seguintes.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil – Reais*, ob. ci., pp. 368 e seguintes.

De acordo com o pensamento deste último autor, ambos os artigos pressupõem situações de protecção de um subadquirente, sem optar definitivamente por situações de dupla alienação, embora estas sejam as mais paradigmáticas⁽¹¹²⁾. O artigo 17.º, n.º 2, pressupõe sempre uma desconformidade do registo e não abrange as desconformidades substantivas que só podem ser para este autor sanadas nos termos do artigo 291.º, sendo “difícil supor situações de cumulação, pois em princípio a incorrecção registal cobre a incorrecção substantiva”⁽¹¹³⁾. Esta prevalência da realidade formal sobre a material que consubstancia a aquisição tabular, tem toda a razão de ser porquanto “se nos casos de nulidade do registo, em que pode nem sequer haver nenhum facto jurídico por trás do registo, a aquisição pelo subadquirente se verifica, por maioria de razão assim deve acontecer nas hipóteses de invalidade substancial, em que sempre há um título de aquisição, embora inválido”⁽¹¹⁴⁾.

Não obstante, o mesmo Professor, admitindo que em situações de invalidade do registo unicamente por razões substanciais, existe uma “contradição valorativa” entre os preceitos, defende a aplicação analógica do prazo de três anos previsto no artigo 291.º a todas as situações de invalidade do registo, por vício substancial e meramente registal, previstas no artigo 17.º, n.º 2⁽¹¹⁵⁾.

A propósito do artigo 5.º do CRegP, Oliveira Ascensão também defende como hipótese de facto pressuposta, a situação clássica da dupla disposição (em que A vende primeiro a B que não regista e depois vende a C que regista e que, por isso, apesar de ser pseudo-adquirente, vê a sua situação consolidada), mas afasta essas situações das reguladas pelos artigos 291.º e 17.º, n.º 2. Nestes preceitos, quem adquire por força do registo não é o pseudo-adquirente, mas um subadquirente deste (não seria, no exemplo anterior, C, mas D quem adquire por ter registado).

Acontece que, no confronto dos três artigos, Oliveira Ascensão separa, ainda, casos de registo incompleto em termos de trato sucessivo e hipóteses de registo existente mas inexacto: se A vende

(112) *Idem*, *ibidem*, pp. 365 e 371.

(113) *Idem*, *ibidem*, p. 371.

(114) *Idem*, *ibidem*, p. 381.

(115) *Idem*, *ibidem*, p. 372.

a B que não regista e depois vende a C que não regista, D adquire pelo registo mas por força do artigo 5.º do CRegP, porque o registo estava incompleto e ele procedeu ao registo de C e depois ao seu. Se C regista, D pode adquirir pelo registo através da aquisição tabular do artigo 17.º, n.º 2, mas aí é só no caso do registo ser inexacto e não incompleto ⁽¹¹⁶⁾.

Acima de tudo, Oliveira Ascensão, ponderando o fundamento da regra do artigo 291.º, defende que este só pode ser a fé pública do terceiro no registo, pelo que constitui um requisito da aplicação do preceito o registo do negócio de cuja invalidade substancial se trata ⁽¹¹⁷⁾.

Ousamos, salvo o devido respeito, fazer algumas observações práticas a este pensamento. Em primeiro lugar, a exigência do registo do negócio inválido no artigo 291.º não apresenta, em nosso ver, grande utilidade, porque, assim, não existira, de facto, qualquer diferença entre a situação integradora da previsão desse preceito e do artigo 17.º, n.º 2, pois em ambos existiria sempre um registo inválido por razões substanciais (embora o artigo 17.º, n.º 2, seja mais amplo pois abrange outras invalidadas registais). E se prevalece sempre o artigo 17.º, n.º 2, por força da aquisição tabular feita pelo registo, então nenhuma mais valia traria o artigo 291.º senão a possibilidade de analogia com o prazo de 3 anos, o que não nos parece uma razão suficiente para a criação do artigo 291.º. Afinal, o legislador civil estaria a fazer uma interpretação restritiva grave de um preceito do CRegP, atentas razões substanciais aplicável a todos os casos de invalidade registal, mesmo os meramente registal.

⁽¹¹⁶⁾ Idem, *ibidem*, p. 374. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 371, em nota de rodapé n.º 2, afasta a integração destas hipóteses de registo incompleto na previsão do artigo 17.º, n.º 2, porque nesse caso não haveria nenhuma aparência registal em que o subadquirente confiasse. Poder-se-iam acrescentar algumas dúvidas sobre esta última observação: afinal, o registo em nome da pessoa que vendeu ao subadquirente é sempre um registo em que este pode confiar e que não lhe retira a sua boa fé, pois a falta de registo pode ter-se devido apenas à tão vulgar falta de diligência do pseudo-adquirente. Acontece que o artigo 17.º, n.º 2, exige, na sua letra, que exista um registo nulo. Ora, o do pseudo-adquirente pode estar incompleto mas não é nulo, nem por violação do trato sucessivo.

⁽¹¹⁷⁾ Idem, *ibidem*, pp. 368 e 369 e *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. II, Coimbra ed., Coimbra, 1999, p. 336.

Parece-nos de muito maior aplicação e efeito, a integração na previsão do artigo 291.º apenas das situações em que o negócio inválido não tenha sido levado a registo mas o subadquirente tenha registado. Este registo funciona tão só como ponto de referência para a prova da sequência histórica dos factos, designadamente da prevalência da aquisição do subadquirente sobre a proposição da acção de nulidade do negócio inválido.

A razão de ser da possibilidade do terceiro subadquirente de negócio inválido poder acabar por ser o titular, quando não o era na realidade substancial, assenta, não na fé pública do registo — protegida já pelas regras do direito registal —, mas na sua boa fé subjectiva ética específica prevista no artigo 291.º n.º 3, isto é, no seu desconhecimento sem culpa do vício do contrato, o que acaba por ser uma sua protecção face ao pseudo adquirente que lhe vendeu a coisa que está necessariamente de má fé, em concretização da boa fé objectiva na execução dos contratos prevista no artigo 762.º do CC. Em jeito de enquadramento geral, e com mais vigor, prevalece o fundamento da segurança e certeza do tráfico jurídico. Por isso, o subadquirente tem que aguardar três anos após celebrar o negócio, porque durante esse período a lei dá a oportunidade aos interessados de fazerem corresponder a realidade formal resultante da posição do subadquirente, à verdade material do verdadeiro titular. Se os interessados nada fazem, deve relevar definitivamente a posição do único sujeito que merece a protecção para que situações inválidas e sempre atacáveis não perdurem na vida jurídica.

Este entendimento não afasta as hipóteses de invalidade registal e substancial do negócio inválido, ou seja, deste ter sido registado, mas nesse caso o artigo 291.º acaba por não funcionar já que, ainda que preenchida a sua previsão legal, não se produzem os efeitos aí previstos, porque prevalece a estatuição do artigo 17.º, n.º 2, e o terceiro adquire imediatamente e não só após três anos. Por isso, quando essa aquisição pelo terceiro se dá exclusivamente por força do artigo 291.º, não é um efeito atributivo do registo, no sentido de ser a razão registal a determinante, mas porque, na realidade dos factos, em termos probatórios, a causa da atribuição acabou por ter sido o facto de ele ter registado. Se não o tivesse feito, não tinha ficado titular.

Assim, o artigo 291.º só se reporta a situações tipo como a de A que vende a B (que não regista) e depois a C (que não regista) e este a D que é o único que regista ⁽¹¹⁸⁾, ou como a de A que vende por negócio inválido a B (que não regista) e depois a C novamente, tendo B transmitido a D que regista.

Para a previsão do artigo 17.º, n.º 2, ficam as situações tipo como a de A que vende a B (que não regista) e depois vende a C (que regista) que por sua vez vende a D que regista ⁽¹¹⁹⁾.

1.2. *Os vectores clássicos da controvérsia*

Uma leitura rápida dos preceitos relevantes do CRegP acima identificados levar-nos-ia facilmente à conclusão que por força da presunção derivada do registo e da boa fé de quem regista acreditando que o registo anterior está conforme a realidade, qualquer pessoa poderia garantir perante todas as outras o seu direito registando-o imediatamente, pois que contra ele mais nenhum direito registado anteriormente poderia ser oponível ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Relevamos que neste caso o subadquirente pode registar provisoriamente apesar de não o poder definitivamente porque em violação do trato sucessivo, já que C não consta do registo.

⁽¹¹⁹⁾ Poder-se-ia pensar, ainda, num outro entendimento um pouco mais ousado que distinguia os artigos 17.º, n.º 2, e 291.º consoante, simplesmente, exista tão só uma invalidade substancial do registo e uma invalidade registal também ou apenas. No primeiro caso, como o registo seria apenas inválido por uma questão resultante do acto substancial, aplicar-se-ia apenas o artigo 291.º. Nos outros casos, como existia sempre um problema do próprio registo, aplicava-se o artigo 17.º, n.º 2. Esta interpretação não é afastada por este último preceito que, ao referir-se ao registo pressupõe um registo nulo, expressão legal que, integrada na sistemática do CRegP, se reporta às situações previstas no artigo anterior. Ora, se é lavrado um registo apenas desconforme com a realidade substancial, esse registo não é nulo à luz do artigo 16.º. De qualquer modo, pensamos que não é o momento mais oportuno para tecermos maiores desenvolvimentos sobre este tema que foge um pouco ao âmbito do nosso trabalho, até porque entrariamos num campo maioritário certamente onde um maior aprofundamento de todas as posições em confronto seria sempre imprescindível.

⁽¹²⁰⁾ Por exemplo, se B compra uma casa a A e regista a sua propriedade porque acreditou na consulta que fez do registo predial quando verificou que dele constava como anterior proprietário A, tem a certeza nesta perspectiva de que ninguém mais lhe vai tirar a casa porque o seu direito de propriedade registado é oponível a todas as pessoas.

Mas a situação prevista no artigo 5.º do CRegP não se revela assim tão simples porquanto é necessário saber em que casos em concreto é que alguém é considerado terceiro, ou seja, em que hipóteses é que se aplica o referido preceito, quem e a quem é que se pode apôr o registo com os efeitos próprios da suas regras de prioridade.

Ora, é exactamente esse o centro da polémica: saber que situação controvertida resolve a regra da prioridade do registo, que pessoas é que se podem prevalecer de um registo anterior e apô-lo contra quem, saber quem são os terceiros entre si a que o CRegP se refere.

1.2.1. *A concepção restrita de terceiro*

Tradicionalmente, na esteira da doutrina francesa e italiana, a concepção de terceiro para efeitos de registo era restrita e colocava frente a frente apenas os adquirentes que do mesmo autor ou transmitente tivessem recebido sobre o mesmo bem direitos total ou parcialmente incompatíveis ou conflituantes ⁽¹²¹⁾.

Esta exigência de serem aquisições provenientes do mesmo transmitente, era justificada pelo facto de, a serem diversos os autores da transmissão, um será o verdadeiro proprietário e o outro não, pelo que funcionariam as regras de direito substantivo sobre o domínio e não os efeitos registais. Atenta a natureza meramente presuntiva do registo, a prioridade da transcrição não se podia sobrepôr à verdade material.

Só nos casos, por isso, de dupla alienação é que os interesses seriam da mesma natureza e resolúveis pela via do registo. Todavia, nestas situações não se recorria a qualquer limitação da situação à onerosidade do acto ou à boa fé do adquirente, funcionando

(121) E liderada por MANUEL DE ANDRADE, ob. cit., vol. II, p. 19. Cfr., ainda, VAZ SERRA, *Anotação*, in *RLJ*, ano 103, pp. 158 e seguintes; GONÇALVES SALVADOR, ob. cit.; ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit.. Na jurisprudência, Acs. do STJ de 11/2/69, in *BMJ*, n.º 184, p. 240 e seguintes; de 17/4/80, in *RLJ*, ano 114, pp. 347 e seguintes; de 7/6/83, in *BMJ*, n.º 328, pp. 50 e seguintes; de 27/5/80, in *BMJ*, n.º 297, pp. 270 e seguintes; de 3/6/92; de 6/1/88; da RC de 8/4/86; da RL de 26/6/90.

sem mais a regra da prioridade do registo com as excepções da chamada aquisição tabular.

Assim, se A vende o bem a B que regista e depois vende o mesmo bem a C que não regista, aplica-se em pleno o artigo 5.º do CRegP, pelo que B pode opôr o seu registo a C e funciona a regra do artigo 7.º do CRegP. Ademais, dúvidas não existem nem conflitos com a realidade material já que o registo revela-a na sua plenitude, por isso é que não tem lugar qualquer acção de nulidade do registo.

Se A vende o bem a B que não regista e depois vende o mesmo bem a C que regista, o registo de C é inválido ou por questões registais ou por razões substanciais (que aqui ocorrem porque a venda do bem a C é nula por ser venda de bens alheios), pelo que pode B pedir a declaração da nulidade desse registo. Contudo, mesmo que o faça, o direito de C prevalecerá sempre por força do artigo 17.º, n.º 2, do CRegP, que protege o C de boa fé que adquiriu onerosamente, vendo este a seu favor estabelecer-se uma aquisição por mera força do registo. Mais uma vez, a regra da oponibilidade do artigo 5.º do CRegP funcionará conjugada com a regra da prioridade do registo.

Pelo contrário, se A vender X a B que regista e depois C, que não adquiriu X de A, pretender exercer qualquer direito sobre X registado posteriormente, funcionam em pleno as regras do direito material já que B é proprietário de X e qualquer direito de C sobre X é, em princípio, inválido. Não é, pois necessário, qualquer recurso à regras do registo, pois interessa é resolver o domínio entre A, B e C.

Mas se, na mesma hipótese, B não registar e C registar, poder-se-ia colocar a questão de se aplicar ou não a regra do artigo 5.º do CRegP, alegando que C pode opôr o seu registo a B que não registou. Mas este preceito não funciona neste caso porque, para esta concepção, C e B não são terceiros. C não pode ser protegido pelo artigo 17.º, n.º 2, do CRegP porque não adquiriu X a A e só quando isso acontece é que, não estando em causa controvérsia sobre a titularidade do direito, pois só existe um transmitente, actuam com especialíssima função as regras do registo. Quando existem transmitentes diferentes, só um é que será o legítimo, pelo que aí o direito substantivo resolverá sempre o caso definindo o

verdadeiro proprietário, não se tratando de um problema exclusivamente de direito registal.

Esta visão tradicional da concepção restrita foi posta em causa mais tarde por uma perspectiva ainda mais limitativa filiada no ensino de Oliveira Ascensão posterior a 1971, que acabou por ser depois seguida com algumas originalidades por Menezes Cordeiro e por alguma jurisprudência ⁽¹²²⁾. Para esta variante, os terceiros para efeitos de registo são apenas os que, nos termos do artigo 17.º, n.º 2, adquirem a título oneroso — já que sendo a título gratuito não existe necessidade da protecção legal —, e de boa fé — desconhecendo a invalidade anterior —, não sendo nítida a exigência do transmitente ser comum, o que apenas pode decorrer implicitamente da argumentação exposta ⁽¹²³⁾.

1.2.2. *A concepção ampla de terceiro*

A partir dos anos sessenta e após a publicação do CRegP de 1959, esta tradição começou a ser colocada em causa por uma doutrina muito mais abrangente do conceito de terceiro, assente na comentarística de Gama Vieira, que sustentava que terceiros para efeitos de registo eram todos os que não tendo participado em certo facto jurídico, tinham em relação ao seu objecto, direito oposto ou incompatível com o daqueles que no mesmo facto intervieram.

Nestes termos, não se exigindo sequer que o terceiro que entra em conflito tenha inscrito o seu direito no registo, esta posição ini-

⁽¹²²⁾ Cfr., por exemplo, os Acs. do STJ de 4/3/82; da RC de 8/4/86; da RL de 26/6/90; da RE de 3/10/92.

⁽¹²³⁾ Contra, ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 104 que é da opinião de que esta variante da concepção restrita não se refere à necessidade ou não do transmitente comum porque analisa apenas os efeitos do artigo 17.º, n.º 2, e este preceito só se refere às hipóteses de um subadquirente de um registo nulo. Pela nossa parte, de referir que por algum motivo os mesmos Professores, nas edições recentes das suas obras — MENEZES CORDEIRO, p. 280 e OLIVEIRA ASCENÇÃO, pp. 352 e 356 —, só dão exemplos explicativos do preceito com situações de dupla alienação. Com efeito, no nosso entender, o artigo 17.º, n.º 2, só tem verdadeiro sentido quando aplicado a uma alienação do mesmo transmitente, pois só o primeiro adquirente sem registo é que tem interesse e boa fé para poder anular o registo. Por isso, quando os Professores em causa limitam a concepção restrita qualificando os af terceiros com a boa fé e a onerosidade, seria pouco lógico alargar depois o âmbito dos terceiros sem o dizer expressamente.

cial da concepção ampla “exclui logicamente qualquer contraste de interesses resolúvel pela via do registo” (124).

Contudo, os seguidores desta orientação, embora não o admitindo expressamente, pressupõem sempre que exista pelo menos um registo efectuado, pois que terceiros em conflito passarão a ser aqueles que, apesar de não adquirentes do mesmo transmitente, têm sobre o mesmo bem direitos incompatíveis tendo sido um ou ambos levados a registo. Aliás, essa a grande vantagem de a questão ser rápida e automaticamente resolvida pela averiguação da simples prioridade dos títulos de registo e não pela difícil e demorada prova dos factos constitutivos dos direitos implicados (125).

Com efeito, todos os terceiros que tenham obtido o registo e um direito incompatível beneficiam da inoponibilidade de direitos não registados contra qualquer pessoa. Por isso, no caso anterior, se A vende X a B que não regista e depois C adquire um direito sobre X de outra pessoa que não A e regista-o, aplica-se-lhe a regra da prioridade do registo e C pode opôr o seu direito a B porque o registou primeiro, independentemente de ser B o verdadeiro proprietário à luz das regras substantivas sobre o domínio.

2. A polémica actual: o conceito de terceiro no registo e nos embargos

Os últimos acontecimentos a este propósito ocorreram na sequência de algumas decisões jurisprudenciais contraditórias e ao sabor da urgência em definir a relação entre penhorante de um bem

(124) ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 103.

(125) Cfr. Ac. do STJ de 12/7/63, Ac. da RL de 19/6/66 e Ac. da RC de 22/7/86. Na doutrina, com excepção de ISABEL PEREIRA MENDES, *A repercussão (...)*, ob. cit., ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., p. 161 e PEDRO MACEDO, ob. cit., p. 77, a maioria dos restantes autores nas suas obras já citadas — REMÉDIO MARQUES, *LEBRE DE FREITAS*, SALVADOR DA COSTA TEIXEIRA DE SOUSA —, trata apenas da questão da aplicação do artigo 842.º, n.º 2, à definição de terceiro embargante, sem qualquer referência expressa à sua repercussão no regime do CRegP, abstraindo dos problemas levantados pelo conceito de terceiro para efeitos de registo predial. Só este último Professor, *Penhora de bens (...)*, ob. cit., é que marcou a temática da venda executiva com a remissão promenorizada, ainda que não expressa, para as regras do registo predial, desenvolvendo, pela primeira vez, aspectos particulares dos direitos de terceiros e de penhorantes, embora à luz do CPC não revisto e, por isso, apenas com ligação directa à alegação da posse.

e terceiro adquirente do mesmo bem como integrante ou não da previsão do artigo 5.º do CRegP. ⁽¹²⁶⁾.

Foram, pois, questões de facto ligadas à penhora, a embargos de terceiro e à venda executiva, que suscitaram a dúvida e a controvérsia.

E justificam-se as vacilações já que na realidade o que se passa não é apenas uma questão de justiça igualitária, da necessidade do mesmo tratamento pela lei do terceiro embargante e do terceiro adquirente em dupla alienação, mas reforçando-a, um problema relacionado com o próprio regime já que, como vimos, o artigo 824.º, n.º 2, do CC socorre-se das regras do registo, aparentemente numa remissão expressa para o CRegP, admitindo que o embargante é também terceiro para efeitos da aplicação do artigo 5.º do CRegP.

Por isso, tem a recente jurisprudência vacilado, ora regressando à doutrina tradicional, ⁽¹²⁷⁾ ora assumindo posições ousadas nos novos entendimentos mais latos, ⁽¹²⁸⁾ para acabar por se deixar cristalizar superiormente por uma concepção ainda mais restrita de terceiro ⁽¹²⁹⁾.

Vejamos, pois, os últimos acontecimentos.

2.1. O passo em frente dado pelo Ac. do STJ 15/97 de 4/7

2.1.1. A decisão

Reconhecida a oposição entre o Ac. do STJ de 29/9/93 que decidiu conforme a corrente tradicional e o Ac. de 18/10/94 que

⁽¹²⁶⁾ Também com a mesma remissão para as regras do registo, os artigos 819.º do CC e 838.º, n.º 4, do CPC.

⁽¹²⁷⁾ Com o Ac. do STJ 4/98 de 18/12, in *RLJ*, ano 131, 1997/1998, p. 240 e seguintes.

⁽¹²⁸⁾ Com o Ac. do STJ 15/97 de 4/7, in *BMJ*, n.º 467, 1997 (incluindo parecer do Ministério Público) e anotações de CARVALHO FERNANDES, *Terceiros para efeitos de registo predial*, in *ROA*, ano 57, III, 1997, pp. 1303-1320, e ALMEIDA E COSTA, *Anotação ao Ac. do STJ 4/98 de 18/2*, in *RLJ*, n.º 131, 1997/1998, pp. 244 e seguintes.

⁽¹²⁹⁾ Com o Ac. do STJ de 18/5/99, inédito e TEIXEIRA DE SOUSA, *Alguma jurisprudência recente sobre Acção Executiva*, inédito, dactil., cedido por especial cortesia do autor, 1999.

aderiu à concepção ampla de terceiro, o STJ julgou em Pleno, por assento de 20/5/97, concluindo pela confirmação do acórdão recorrido e uniformizando a jurisprudência no modo seguinte: “Terceiros, para efeitos de registo predial, são todos os que, tendo obtido registo de um direito sobre determinado prédio, veriam esse direito ser arredado por um qualquer facto, jurídico anterior não registado, ou registado posteriormente.”

No caso concreto subjacente, B, que tinha comprado e não registado o bem X a A, executado, embargou de terceiro numa penhora sobre o mesmo bem, tendo C, exequente, feito em tempo o seu registo, mas viu, por força da decisão do STJ, os seus embargos improcedentes porque não tinha registado previamente o seu bem e o registo da penhora de C prevaleceu.

2.1.2. *Os fundamentos da decisão*

Este acórdão apresentou, em síntese, duas ordens de razões para fundamentar a sua decisão:

Primeiro, não se pode falar em terceiros para efeitos de registo predial só quando existe dupla alienação como defende a doutrina tradicional porque hoje existem texto legais que expressamente estabelecem a aquisição por meio do registo em termos que já nada têm a ver com as hipóteses de dupla disposição de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa. É o caso das previsões dos artigos 17.º, n.º 2, do CRegP e 291.º do CC⁽¹³⁰⁾.

Por outro lado, “[...] se o registo predial se destina essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário [...], tão digno de tutela é aquele que adquire um direito com intervenção do titular inscrito (compra e venda, troca, doação) como aquele a quem a lei permite obter um registo sobre o mesmo prédio sem essa intervenção (credor que regista uma penhora, hipoteca judicial, etc.)”, não importando, por isso, apurar a boa ou má fé do que penhorou

⁽¹³⁰⁾ Baseando-se integralmente na posição de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Efeitos substantivos do registo Predial na Ordem Jurídica Portuguesa*, in *ROA*, sep., 1979, pp. 29-30, citado no Ac. 18/5/94 in *CJ*, ano II, tomo II, 1994, pp. 111-114.

neste caso porque a eficácia do registo é independente da boa ou má fé de quem regista ⁽¹³¹⁾.

2.1.3. *Os votos de vencido*

A primeira declaração de voto ⁽¹³²⁾ começa por referir que os artigos 291.º do CC e 17.º, n.º 2, do CRegP são normas excepcionais, para depois aderir à necessidade de ponderação da boa fé para aferição da publicidade do registo, porquanto a publicidade conferida ao registo predial encontra a sua razão de ser na protecção da fé pública que só se justifica quando a pessoa concretamente protegida esteja também de boa fé.

Após aderir à argumentação de alguma doutrina, ⁽¹³³⁾ o declarante conclui que o artigo 5.º do CRegP apenas pretendeu “proteger os terceiros que iludidos pelo facto de não constar do registo a nova titularidade, foram negociar com a pessoa que no registo (ou fora dele) continuava a aparecer como sendo o titular do direito, apesar de já não o ser”.

O segundo voto de vencido releva o facto de, durando a controvérsia há tanto tempo, se o sentido da lei fosse contrário ao tradicionalmente defendido, já o legislador tinha prontamente intervindo nesse sentido.

Acrescenta também que a posição lata transforma a regra do efeito presuntivo do registo em efeito constitutivo e produz resultados injustos ou demasiado onerosos para o primeiro adquirente que só por descuido não procedeu a tempo ao registo do seu direito. Realça, ainda, a natureza não real da constituição da penhora sobre um certo bem e a circunstância de a penhora ser feita pelo tribunal e não pelo exequente em nome do executado.

⁽¹³¹⁾ Na sequência da doutrina de ANTUNES VARELA e HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., pp. 20-23; idem, ibidem, ano 54.º, p. 378; VAZ SERRA, in *RLJ*, ano 103.º, p. 165; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. cit., vol. II, n.º 4 ao artigo 819.º; ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., p. 161.

⁽¹³²⁾ A primeira é de ROGER LOPES, a segunda de JOSÉ MARTINS DA COSTA, a terceira de CARDONA FERREIRA e a quarta de AGOSTINHO PONTES DE SOUSA INÊS.

⁽¹³³⁾ ORLANDO CARVALHO, ob. cit., pp. 98-99.

Por outro lado, considerando o regime específico da execução, continua sustentando o declarante que, salvo o caso do registro da penhora ser posterior aos actos de alienação ou oneração do bem penhorado, aqueles são ineficazes em relação ao exequente nos termos dos artigos 819.º do CC e 838, n.º 3, do CPC; que só podem ser penhorados em regra direitos do executado nos termos dos artigos 601.º e 817.º do CC sendo, por isso, ilegal a penhora sobre bens que, apesar de não registados, incide sobre património pertencente a outra pessoa que não o executado; e que a lei confere a esse terceiro meios próprios de defesa no seio da execução como os previstos nos artigos 832.º, 351.º, 1311.º do CC, 909.º, n.º 1, al. *d*), 357.º, n.º 2, que nos levam a concluir que a questão não se pode resolver apenas pela exibição dos títulos de registro ⁽¹³⁴⁾.

Finaliza o mesmo autor com a conclusão de que a concepção ampla conduz à “solução aberrante de esses bens poderem ser penhorados em execução movida contra o alienante (pela falta de registro) ou contra o adquirente (por se integrarem no seu património)”.

Na terceira declaração de voto, ⁽¹³⁵⁾ é desde logo apontada a consequência nefasta da concepção lata que consiste em fazer com que um bem de terceiro responda por um débito de outrem sem para tal existir qualquer razão em termos materiais, numa ofensa clara aos mais claros “princípios da razoabilidade, da boa fé e do próprio direito substantivo” em favor dos fins meramente registais.

Ademais, acentua o declarante que o que transfere a propriedade não é o registro nem muito menos a penhora, mas o negócio de base com a sua eficácia real, sendo o registro essencialmente declarativo porque presuntivo, nos termos dos artigos 7.º do CRegP, 817.º e 818.º do CC e 821.º do CPC.

⁽¹³⁴⁾ Nem no direito italiano nem no direito alemão se prevê a possibilidade de o terceiro se opôr à execução da penhora nos termos dos nossos artigos 909.º, n.º 1, al. *d*) e 832.º, sendo sempre necessária uma acção autónoma de reivindicação por má fé do adquirente sem prejuízo das regras do registro que diferem das nossa porquanto o registro alemão é constitutivo e não meramente presuntivo. Cfr., no direito italiano, artigos 619.º e 620.º do CPC e 2914.º e 2920.º do CC e CRISANTO MANDRIOLI, ob. cit., p. 143; e no direito alemão, §§ 771, 775, 805 E 869 ZPO, §§ 823, 892 E 932 BGB.

⁽¹³⁵⁾ Aderindo à fundamentação do Ac. do STJ de 8/4/97, além da numerosa jurisprudência citada, para a qual se remete.

O último voto de vencido sublinha o carácter ainda primitivo da forma como o registo predial é hoje feito o que se traduz na sua pouca fidelidade em relação à realidade concreta dos bens. Por isso, a confiança merecida do registo não deve ser alargada a ponto de se transformar em regra porquanto seria invertido o substancial pelo formal, a verdade pelo registo.

Consciente da imperfeição do sistema que, por causa da ausência do carácter constitutivo do registo, permite transmissões independentes do registo, a orientação adequada só pode ser a restrita sob pena de transformarmos a excepção em regra. Nesse sentido, a concepção ampla — no pensamento do autor — atribui ao registo eficácia constitutiva que não corresponde ao esquema previsto no CRegP: o registo apenas presume ilidivelmente o direito a ponto de poder ser impugnado mediante acção na qual se peça simultaneamente o cancelamento do registo, o que só não acontece nos casos dos artigos 17.º, n.º 2, e 291.º porque aí o “mafioso” não merece a tutela do direito.

Ademais, faz notar o declarante que, enquanto o artigo 5.º do CRegP se reporta à dupla alienação, os artigos 291.º e 17.º, n.º 2, ocupam-se das transmissões sucessivas, pelo que a noção ampla, a ser admitida, teria que ser limitada apenas às situações em que o adquirente se encontrasse de boa fé e tivesse adquirido onerosamente por via negocial ⁽¹³⁶⁾.

Conclui este voto que, não obstante pugnar pela concepção restrita de terceiro, o embargante sempre poderá vencer nos embargos deduzidos se em vez do registo alegar a posse cuja presunção de titularidade esgrima com a presunção do registo da penhora, acabando por proceder se anterior, nos termos do artigo 1268.º, n.º 1, do CC, além do caso óbvio da usucapião cuja constituição cede perante qualquer registo posterior à data do início da sua posse.

Por fim, embora não constitua um voto de vencido, é de referir a posição do parecer do Ministério Público que reiterou a argumentação do acórdão, acrescentando a ideia de que a venda executiva, “conquanto seja um acto judicial complexo [...] é uma venda

⁽¹³⁶⁾ Esta é a doutrina a que o declarante chama de “intermédia” e que, pensamos, se refere à posição anteriormente e ainda hoje defendida por OLIVEIRA ASCENSÃO e MENEZES CORDEIRO.

[...] em que a propriedade da coisa passa directamente do executado para o comprador”. Dessa forma também o exequente é adquirente do mesmo transmitente executado pois que a venda executiva acaba por constituir uma segunda transmissão, embora forçada ⁽¹³⁷⁾.

2.1.4. A anotação ⁽¹³⁸⁾

Este autor começa por separar a questão em apreço e decidida no acórdão anotado em dois aspectos distintos que representam dois regimes diferentes de tutela de terceiros, para concluir que a decisão final e a controvérsia actual sobre o conceito de terceiro só incidem sobre o segundo: os artigos 5.º, 6.º e 7.º do CRegP e os artigos 291.º do CC e 17.º, n.º 2, do CRegP.

Assim, quanto ao primeiro aspecto e perturbando o regime substantivo decorrente do artigo 408.º do CC que estipula a eficácia imediata dos direitos reais por força de negócio constitutivo e translativo, no caso de coisas imóveis, o CRegP vem dispôr que quem obtiver registo predial prioritário de certo direito beneficia da prevalência sobre direitos não inscritos ou de inscrição posterior, ainda que sejam substantivamente mais “valiosos”.

Por isso, prossegue o anotador, o efeito normal do registo predial não é o meramente declarativo mas o consolidativo pois que em relação a certos terceiros os actos registáveis só vêm a sua eficácia operante se registados anteriormente, consolidando este registo as situações jurídicas emergentes do acto registado pela atribuição de eficácia plena interna e externa. Na falta de registo, a parte num negócio corre o risco de, com base na situação registal anterior, ver constituída a favor de outra pessoa um direito incompatível com o seu.

E defende este autor que este efeito consolidativo não opera apenas nos casos de dupla alienação, como também e genericamente sempre que um terceiro adquira e registre um direito incom-

⁽¹³⁷⁾ Publicado no *BMJ*, n.º 467, 1997, pp. 60-68.

⁽¹³⁸⁾ Feita por LUIS CARVALHO FERNANDES, ob. cit..

patível com o emergente do negócio não inscrito, ⁽¹³⁹⁾ embora só quando o terceiro esteja de boa fé.

Neste campo, adere o anotador à concepção ampla porque no seu entender onde o legislador não distingue não o deve fazer o intérprete e, por seu turno, a realização plena do registo só justifica o tratamento igual mesmo dos terceiros que não adquiriram do mesmo transmitente. O adquirente que, confiando no registo predial e na presunção que dele deriva, celebra transmissão — de forma a que não intervenha exclusivamente a sua vontade ⁽¹⁴⁰⁾ — de um direito incompatível com outra pessoa que adquiriu em primeiro lugar mas não registou, não pode ficar dependente do facto de no acto da aquisição ter ou não intervindo o último titular inscrito.

No que respeita ao segundo aspecto, os artigos 17.º, n.º 2, e 291.º — que estipulam situações em que terceiros adquirem de quem não tinha legitimidade para alienar por motivo de vício substantivo ou de registo que inquina a situação jurídica do alienante — cobrem situações de efeitos atributivos do registo que não cabem na noção de terceiro dada pelo acórdão anotado, porque a “protecção que do registo lhe advém não se traduz na invocação da prioridade do seu registo contra quem adquiriu bem, mas não registou ou só o fez posteriormente, mas no afastamento da relevância de vícios da sua aquisição ou do seu registo.” Por isso, o autor só adere à tese do acórdão no primeiro aspecto com a ressalva da necessária boa fé do terceiro.

Quanto aos votos de vencido refere este autor que os artigos 819.º do CC e 838.º, n.º 4, só servem a provar a concepção ampla e não a contrária e, a propósito da conclusão final da segunda declaração de voto, acaba por lhe dar razão, esclarecendo que, contudo, tal hipótese só acontece em caso de duas penhoras simultâneas, uma contra o alienante que registou e outra contra o

⁽¹³⁹⁾ E dá como exemplo a seguinte hipótese: D vende a E, E não regista, E dá de hipoteca o mesmo bem a F, F regista a hipoteca. Neste caso, o autor assinala a diferença pois que E não pode fazer valer o seu direito a F já que este satisfaz o seu crédito reclamando-o e após a venda, mas remarca a semelhança de depois o valor restante dos bens reverterem para E e não para D. Sem prejuízo da restante crítica infra diremos desde já que não nos parece este um caso de eficácia constitutiva, pois que sempre o D, estando o E de má fé, pode impugnar a primeira transmissão e anular a venda judicial em prejuízo de F.

⁽¹⁴⁰⁾ Se sim, não funciona a sua protecção. No caso da penhora, para este autor, não existe apenas vontade exclusiva do exequente e, por isso, este deve ser portegido.

adquirente que não registou, não estabelecendo um regime aberrante mas “imposto pela tutela dos interesses dos credores em presença”.

Ainda no tocante ao segundo voto de vencido e às referências aí feitas à hipóteses previstas na lei para os terceiros com direito constituído e registado anteriormente poderem actuar contra a penhora, apesar de não serem considerados terceiros embargantes, refere o anotador apenas que o artigo 832.º é inaplicável à penhora de imóveis e o artigo 92, n.º 2, al. a) do CRegP não se aplica ao caso do acórdão porque prevê expressamente que o bem penhorado não esteja inscrito a favor do executado.

2.2. O passo atrás dado pelo Ac. do STJ 4/98 de 18/12

2.2.1. A decisão

Chamado a pronunciar-se sobre se é possível a um promitente comprador exercer o direito à execução específica depois do promitente vendedor ter alienado o bem a um terceiro, o STJ fixou a seguinte jurisprudência uniformizada: “A execução específica do contrato-promessa sem eficácia real, nos termos do artigo 830.º do CC, não é admitida no caso de impossibilidade de cumprimento por o promitente vendedor haver transmitido o seu direito real sobre a coisa objecto do contrato prometido antes de registada a acção de execução específica, ainda que o terceiro adquirente não haja obtido o registo da aquisição antes do registo da acção; o registo da acção não confere eficácia real à promessa”.

2.2.2. O sentido da decisão

Independentemente da análise cuidada — que se justificava se o tempo e o lugar fossem os adequados e oportunos —, sobre os problemas particulares levantados pela figura da execução específica, é importante sublinhar que esta decisão acabou por se revelar contraditória com a anterior, dado que pressupõe um conceito restrito de terceiro para efeitos do registo predial.

Com efeito, ⁽¹⁴¹⁾ enquanto de acordo com o pensamento do anterior acórdão o promitente comprador é um terceiro para efeitos de registo e, por isso, não lhe é oponível o direito não registado de terceiro adquirente, na doutrina deste último, o mesmo promitente não é considerado terceiro e, por isso, aquele direito não registado pode ser-lhe oposto.

Assim, se A celebra contrato de promessa meramente obrigacional com B e depois vende a C que não regista, B não pode embargar de terceiro nos termos da concepção restrita porque não é terceiro dado não ser o primeiro adquirente de A pois que não existiu uma verdadeira transmissão mas apenas uma promessa sem efeitos reais de acordo com a qual B não pode, ao abrigo da inerência própria dos direitos reais, perseguir legitimamente o bem prometido vender. Por isso, prevalece sempre o direito de C mesmo não registado porque é um direito real que se opõe ao direito meramente obrigacional de B.

No entanto, ao abrigo da concepção ampla de terceiro, o que se passava era exactamente o contrário, porque B, titular de um direito incompatível com o direito de C, já seria considerado terceiro e venceria face a este já que tinha registado o seu direito à execução específica do contrato promessa antes de C, beneficiando da inoponibilidade de direitos não registados, não podendo por estes ser afectado.

De qualquer modo, apesar de seguirmos este entendimento, não queríamos deixar de apontar algumas dúvidas ou hesitações que entretanto nos ocorreram e que só não desenvolvemos dado o limite do âmbito do nosso tema ⁽¹⁴²⁾.

Na realidade, a aproximação da orientação deste acórdão à concepção restrita só se dá efectivamente se optarmos por uma prévia qualificação do registo da acção de execução específica. Se a qualificação for distinta, então, nem numa concepção nem noutra

⁽¹⁴¹⁾ Como refere TEIXEIRA DE SOUSA, *Alguma jurisprudência (...)*, ob. cit., pp. 4-5.

⁽¹⁴²⁾ Esta é também a razão pela qual não descrevemos e criticamos os fundamentos e os votos de vencido do Acórdão. As mais valias trazidas à colação da controvérsia entre concepção ampla e restrita seriam preteridas pela complexidade da colocação de problemas concretos do regime da execução específica que foge ao nosso estudo.

esta hipótese garantiria ao B o direito a embargar de terceiro. Senão, vejamos.

Aquando da celebração de um contrato de promessa, o promitente comprador adquire simultaneamente dois direitos diferentes e autónomos: o direito à celebração do contrato do contrato prometido, meramente obrigacional, e o direito à execução específica do contrato de promessa, direito potestativo (direito de obtenção da sentença que faça as vezes do contrato prometido).

Ao abrigo do princípio da prevalência dos direitos reais sobre os obrigacionais, existindo um contrato de promessa e um direito à execução específica meramente obrigacionais — porque àquele contrato não foi atribuída eficácia real —, quando o promitente vendedor A vende o bem objecto do contrato a um terceiro C, B, beneficiário apenas de direitos obrigacionais, nunca pode fazer prevalecer o seu direito perante C, mesmo que este não tenha registado a sua propriedade.

Diferente solução pode colocar-se se B, apesar de continuar a não atribuir eficácia real à sua promessa, mantendo-se a hipótese de C também não registar o seu direito, propõe acção específica contra A e regista a referida acção nos termos do artigo 3.º, n.º 1, al. a) do CRegP.

Se este registo concede por si só a eficácia real à execução específica que não existia com a celebração do contrato de promessa, então o B terá um direito oponível a C porque real e registado em primeiro lugar ⁽¹⁴³⁾.

Se se entender que este registo não concede eficácia real nem à promessa nem à autónoma execução específica, então continuará obrigacional, não servindo o registo para lhe atribuir qualquer oponibilidade perante direitos reais que, mesmo não registados, sobre ela prevalecem.

⁽¹⁴³⁾ Defendendo que o promitente comprador pode embargar de terceiro com base no seu direito autónomo de execução específica (embora não esclarecendo se com ou sem eficácia real), ELISEU FIGUEIRA, *Contrato-promessa de compra e venda*, in *CJ*, ano V, 1997, tomo II, p. II-9.

⁽¹⁴⁴⁾ Defendenda, por exemplo, por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Registo (...)*, ob. cit., pp. 497-510; idem, *Contrato de promessa (...)*, ob. cit., pp. 7 e seguintes; ISABEL PEREIRA MENDES, *Código (...)*, p. 31; ALMEIDA COSTA, ob. cit..

Pensamos que foi esta última a doutrina do acórdão em questão. O STJ decidiu, afastando a argumentação contrária, ⁽¹⁴⁴⁾ que a execução específica não se transforma em direito real de aquisição só porque o seu titular regista a respectiva acção, sendo que a eficácia real só pode ser atribuída a este direito, mesmo autónomo, por força dos efeitos reais do próprio contrato de promessa, de acordo com os requisitos solenes do artigo 413.º do CC ⁽¹⁴⁵⁾. Assim, a execução específica não pode ser exercida nos termos expressos da parte final do n.º 1 do artigo 830.º do CC porque o promitente vendedor já não tem legitimidade para cumprir o contrato prometido dado já ter vendido o bem e não ser já seu proprietário, tornando impossível a sua prestação. Ao promitente comprador cabe apenas a indemnização cível nos termos gerais da responsabilidade civil ⁽¹⁴⁶⁾.

Por isso, aceitando que o registo da execução específica não lhe concede eficácia real, temos algumas dúvidas em considerar que mesmo na concepção ampla de terceiro este caso seria resol-

⁽¹⁴⁵⁾ Confessamos que temos alguma *simpatia* por este argumento, sobretudo se atendermos ao facto de se poder colocar em causa a própria obrigatoriedade do registo da acção específica de contrato de promessa não real. Em boa verdade, o artigo 3.º, n.º 1, a), do CRegP, apenas exige essa obrigatoriedade relativamente às “acções que tenham por fim, principal ou acessória, o reconhecimento, a constituição, a modificação ou a extinção de algum dos direitos referidos no artigo anterior”. Ora, no artigo 2.º não se refere nunca um contrato de promessa meramente obrigacional e os direitos de propriedade são sempre reais, claro está, não podendo uma mera execução específica obrigacional afastá-los. Por isso, não sendo o registo da acção de execução específica obrigatório, afasta-se logo a argumentação contrária de quem defende que se o registo da acção não lhe atribui eficácia real, então não tem nenhum efeito ou conteúdo a norma do artigo 3.º, n.º 1, al. a) do CRegP. Acrescentamos, também, a este propósito, que sempre o registo da acção produzirá efeitos, não apenas em relação às acções sobre o mesmo bem, mas também os efeitos gerais presuntivos que valem sobretudo em termos probatórios. Por outro lado, confessamos que sentimos uma certa dificuldade em atribuir ao registo da acção de execução específica o mesmo valor que o artigo 413.º — eficácia real, translativa —, parece que é dada e unilateralmente uma segunda oportunidade de praticar um acto solene ao promitente comprador, no momento em lhe é mais oportuno... Como escreve MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, vol. II, AAFDL Ed., Lisboa, 1989, p. 470, não se pode obter pela execução específica aquilo que não se conseguia obter já através do contrato de promessa.

⁽¹⁴⁶⁾ No direito italiano, admitem-se os embargos de terceiro por parte do titular de um registo de uma acção declarativa mesmo pendente desde que esse registo seja anterior ao da penhora, prevalecendo o seu direito no caso, nomeadamente, da acção de execução específica nos termos dos artigos 2915.º do CPC e 2652.º e 2653.º do CC. Cfr., PROTO PISANI, *ob. cit.*, p. 259.

vido de maneira diferente. É que, não tendo B um direito real registado, mesmo segundo esta doutrina ele não o poderia opôr ao direito real mesmo não registado.

Não obstante, a polémica renovou-se e a discussão sobre o tema em análise regressou ao STJ.

2.3. Os dois passos atrás dados pelo super Ac. do STJ de 18/5/99

2.3.1. A decisão

Através de um novo acórdão uniformizador de jurisprudência, o STJ não apenas confirmou a concepção restrita do Ac. 4/98, como a reforçou, acrescentando-lhe mais um limite à qualidade de terceiro para efeitos de registo predial: “terceiros, para efeitos do disposto no artigo 5.º do CRegP, são os adquirentes, de boa fé, de um mesmo transmitente comum, de direitos incompatíveis, sobre a mesma coisa”.

2.3.2. Os fundamentos da decisão

O STJ revogou a doutrina do Ac. 15/97 essencialmente porque entendeu que esta pressupunha uma fidelidade do registo predial digna de um sistema de registo obrigatório, o que não aconteceu, não acontece e não se prevê acontecer nos próximos tempos no nosso país.

Assim, para evitar que a segurança do comércio jurídico imobiliário, visada — como meta meramente ideal neste momento legislativo — no artigo 1.º do CRegP, não se negasse a si própria pelo reverso real da situação — o facto de o registo constituir uma realidade que ainda não espelha toda a verdade dos bens imobiliários e que a generalidade das pessoas ainda não assimila bem, ao contrário da celebração da escritura pública de compra e venda no notário —, o STJ considerou imperativo repensar rapidamente a concepção ampla de terceiro a fim de se evitar a consequência imediata que entretanto aconteceu, ou seja, a corrida ao registo das penhoras na caça à inexistência de registos de escrituras públicas

de transmissão de propriedade, por vezes conhecendo perfeitamente o penhorante que tinha ocorrido uma transmissão anterior.

Além deste enquadramento fundamental, o STJ acabou por aderir aos fundamentos do Ac. 4/98 e à argumentação dos votos de vencidos do Ac. 15/97, bem como à anotação deste último em especial no que se refere à exigência da boa fé por parte do terceiro, reafirmando, ainda, a natureza declarativa e o efeito meramente presuntivo como regra do registo predial — que seria negado pela concepção ampla — e afirmando que a ideia extensiva de terceiro agride frontalmente o direito substantivo e transforma o registo no verdadeiro meio de transmissão de bens, em vez da compra e venda. Por isso, os artigos 291.º e 17.º, n.º 2, apenas constituem excepções. Em princípio, goza da presunção da titularidade do direito quem regista, excepto nos casos em que a eficácia não é independente da boa fé de quem regista.

A propósito da não merecida protecção da parte de quem não regista o seu direito, refere o acórdão que “se à negligência não é devida protecção, porque há-de merecê-la a diligência abelhuda, esperta, oportunista, sobretudo a de má fé, intencional, dolosa? Tal diligência assume ou poderá assumir aspectos intoleráveis por parecer que, aceitando-a, se instiga ou se premeia a trapaça rasteira”.

Por fim, de uma forma algo confusa, ⁽¹⁴⁷⁾ o acórdão começa por defender que a venda executiva deve ser equiparada à venda negocial — aplicando-se-lhes, então, o regime da prioridade do registo quando o executado alienou o bem a um adquirente e depois outro o adquire em venda executiva, ou seja, quando existe dupla alienação —, e, em sequência, alega que situação diferente é a resultante da penhora porquanto esta acontece antes da venda executiva (não se concretizando, portanto, concluímos nós, a hipótese da dupla alienação), para depois terminar por considerar que no caso do exequente perante um primeiro adquirente sem registo, este pode sempre embargar porque fazendo-o, o exequente fica sempre de má fé (concluindo nós que, dessa forma, nunca teria qualquer efeito considerá-la como dupla alienação) e é a única

⁽¹⁴⁷⁾ No ponto III, n.º 7, e salvo o devido respeito, porque certamente será apenas nossa a dificuldade em concretizar a intenção efectiva decorrente do texto do acórdão.

forma do adquirente garantir a conservação do ser bem já que, depois, na venda executiva, será aplicável a regra do registo e o verdadeiro segundo adquirente poderá estar de boa fé e fazer prevalecer o seu direito.

Apesar deste enredo, para nós difícil, somos da opinião que, na realidade, por muito que o acórdão admita a venda executiva como segunda alienação para efeitos de considerar terceiros registais o segundo adquirente em venda executiva e o primeiro adquirente negocial, o que é facto é que não considera terceiros para efeitos de registo o exequente e o primeiro adquirente, não se lhe aplicando, portanto, a regra da prioridade do registo de forma imperativa e absoluta, ou seja, o artigo 5.º do CRegP.

Em suma, o acórdão em análise acabou por equiparar o artigo 5.º do CRegP ao artigo 17.º, n.º 2, do mesmo diploma, limitando aparentemente os efeitos do primeiro à hipóteses do segundo⁽¹⁴⁸⁾.

Com o requisito da boa fé, até as situações de dupla alienação são limitadas ao não conhecimento, por parte do segundo adquirente que registou, da ocorrência da primeira transmissão. Por isso, a concepção restrita ainda ficou mais restrita com a doutrina deste acórdão.

2.3.3. *Os votos de vencido*

Como a maioria das declarações de voto se reportaram a questões meramente processuais, tendo as restantes aderido a argumentações anteriormente expostas na doutrina ou jurisprudência, limitamo-nos a referir apenas uma defesa da exigência de boa fé que é feita no terceiro voto de vencido⁽¹⁴⁹⁾.

Assim, defende este declarante que, atenta a função publicitária do registo, a concepção restrita de terceiro deve ser ainda temperada pelos princípios da boa fé de “maneira a que não possam ser considerados terceiros e beneficiar da regra de inoponibilidade no artigo 5.º do CRegP, os que adquiriram o direito sabendo que o

⁽¹⁴⁸⁾ Não o fez também relativamente ao artigo 291.º porque não o podia fazer já que este é uma regra de direito substantivo, embora preveja uma situação de igual dupla alienação.

⁽¹⁴⁹⁾ Assinada pelo Conselheiro LÚCIO TEIXEIRA.

titular inscrito já havia alienado ou onerado o prédio. O princípio da boa fé constitui uma reserva moral do sistema jurídico, que não pode ser ignorado no domínio de um direito (o direito registal) que assume, como se acaba de ver, funções substantivas, e não de mero instrumento burocrático ao serviço do direito civil.”

2.3.4. *A posição do Professor Teixeira de Sousa* ⁽¹⁵⁰⁾.

Assinala desde logo este Professor que, independentemente do enquadramento de fundo da sua fundamentação, “a verdade é que este acórdão acaba por inverter o sentido da jurisprudência em claro desfavor do credor exequente”, o que justifica com o seguinte exemplo: A vende X a B que não regista. C instaura execução contra A e penhora X porque pensa que, de acordo com o registo predial, o bem ainda é de A. Como B e C não são terceiros para efeitos de registo, não se aplica o artigo 5.º do CRegP e o direito de B, apesar de não poder embargar de terceiro, é sempre oponível a C apesar de não registado, em acção autónoma de reivindicação. “Em conclusão: o credor C está impedido de penhorar um bem que, devido à inércia de B em promover o registo, ainda se encontra registado em nome do executado”.

De seguida, o mesmo Professor enuncia as situações concretas que no seu entender importam ser resolvidas, para depois, resolvendo-as à luz do regime legal e das várias concepções de terceiro, apreciar criticamente a doutrina do Ac. de 18/5/99.

São, pois, duas, as situações a analisar, dividindo-se a segunda, por sua vez, em outras duas. Assim temos: *situação 1* — A vende X a B que não regista. C pretende exercer sobre X um direito incompatível registado, apesar de não o ter adquirido através de A (casos distintos da dupla alienação mas em que terceiro actua com base na presunção resultante do registo a favor do alienante); *situação 2* — A vende X a B que não regista. A vende depois X a C que regista (casos de dupla alienação do mesmo bem feita pelo mesmo transmitente a sujeitos distintos); *situação 2.1.* — A vende X a B que não regista. A vende depois X a C que

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Alguma jurisprudência* (...), ob. cit., pp. 7-20.

registra e não aliena (casos de simples dupla alienação); *situação 2.2.* — A vende o bem X a B que não registra. A vende X a C que registra. C vende X a D que registra (casos de dupla alienação com subtransmissão).

Assinalando bem a diferença entre as situações 1 e 2, o Professor escreve que quando existe apenas uma alienação, não existe qualquer invalidade substancial mas apenas uma desconformidade do registo com a realidade já que o bem encontra-se registado em nome do A mas por força do artigo 408.º do CC a sua propriedade já se transmitiu a B. Na hipótese de dupla alienação, diferentemente, existe a invalidade da segunda alienação porque esta, nos termos do artigo 892.º do CC é uma venda de bens alheios.

As situações 2.2., de dupla alienação com subtransmissão, são, no entender do Professor, reguladas pelo artigo 291.º do CC que prevê que a declaração de nulidade da segunda alienação de A a C (porque é venda de coisa alheia) não prejudica os direitos de D, excepto se for proposta nos três anos seguintes à última aquisição.

Aplicando a situação ao caso da penhora e segundo a concepção ampla, se o exequente E penhora X em execução contra D, B só pode embargar de terceiro desde que deduza os embargos dentro dos 3 anos seguintes à aquisição de D a C. Pelo contrário, segundo a concepção restrita, não apenas B e E não são terceiros entre si, como o não são também D e B porque não são adquirentes do mesmo transmitente comum. Assim, sempre B podia deduzir embargos procedentes a todo o tempo, sendo o seu direito, ainda que não registado, oponível ao adquirente D.

Para este Professor, existe uma patente contradição entre as soluções resultantes do Ac. 18/5/99 e do artigo 291.º do CC, pois que neste caso o direito de D prevalece sobre o de B, concluindo em seguida que a doutrina do acórdão não pode ser aplicada nos casos de dupla alienação seguida de subtransmissão, sob pena de manifesta contradição com o direito positivo.

No que respeita à situação 2.1., dupla alienação sem subtransmissão, o Professor entende que ela deve merecer a mesma solução do artigo 291.º, porque se B pode impugnar a transmissão de A a C no prazo de três anos, não “é patente o motivo que impede que”, na hipótese de C não ter transmitido a D, o B possa, na mesma, impugnar a aquisição de C. Assim, aplicando por analogia

o artigo 291.º ao caso de dupla alienação sem subtransmissão, também este é incompatível com a doutrina do acórdão porque, segundo esta, o direito de C prevalece sempre sobre o de B e o artigo 291.º permite que B ainda possa embargar com sucesso dentro de 3 anos após a aquisição de D.

Fora esta aplicação analógica, o Professor salienta que o acórdão se aplica, e soluciona indiscutivelmente, às situações de dupla alienação, porque prevalece sempre o direito registado do segundo adquirente sobre o não registado do primeiro, o que só pode levantar outros problemas, como explica de seguida.

Como os casos de dupla alienação do artigo 291.º prosseguem, no entender do Professor, a função atributiva do registo, o acórdão e a concepção restrita de terceiro explicam as situações em que o registo preenche essa finalidade. Ora, tal não é nem suficiente nem coerente para o Professor de acordo com a análise das situações tipo 1, sem invalidade substancial.

Nestes casos, o acórdão acaba por defender que B que não registou pode embargar na execução de E que registou contra A e ganhará sempre porque, não sendo B e E terceiros entre si, o direito não registado de B prevalece sobre o registado de E.

Pegando nas funções do registo, o Professor entende que a atributiva é a exceção porque o registo aí atribui o direito a quem substantivamente não era seu titular, e a consolidativa ou confirmatória, a regra, pois que nos casos em que a aquisição do direito não padece de qualquer invalidade, o registo serve apenas de meio de fortalecer o direito registado com a presunção da titularidade a favor do sujeito inscrito.

Ora, sendo no entender do Professor, o registo da penhora um dos casos em que o registo realiza a sua função consolidativa ou confirmatória, porque a eficácia da penhora não depende do registo mas obtém através dele a oponibilidade a terceiros, e não a tutelando a doutrina do acórdão, chega-se à conclusão surpreendente de a orientação decidida explicar a função excepcional do registo e não a sua função normal.

Por outro lado, remarca o Professor, a concepção restrita traduz-se numa interpretação restritiva do artigo 5.º do CRegP pois implica que só sejam terceiros os aí referidos como aqueles contra os quais o registo produz efeito atributivo, o que não pode ser

admitido pois que o referido preceito não pode apenas aludir ao efeito atributivo e esquecer o consolidativo.

Acresce, ainda, o facto da concepção restrita acabar por separar definitivamente o artigo 7.º do CRegP e o seu artigo 5.º porque a presunção ilidível do primeiro nunca coincide com a oponibilidade do segundo.

Por fim, aplicando ao caso específico da penhora, o Professor acentua que a concepção do acórdão não explica o artigo 838.º, n.º 4, primeira parte, que prevê a oponibilidade a terceiros da penhora registada, adiantando que na harmonização dos direitos do exequente e do primeiro adquirente, não parece excessivo o sacrifício do direito não registado e a prevalência da penhora, excepto quando o exequente tenha agido de má fé conhecendo a transmissão.

3. A nossa posição

3.1. *Crítica aos fundamentos do acórdão 15/97*

Relativamente ao primeiro fundamento do acórdão, de referir que as hipóteses previstas nos artigos 291.º do CC e 17.º, n.º 2, do CRegP, pressupõem também sempre casos de dupla alienação, como já acima referimos, ainda que com subtransmissão.

Assim, na hipótese prevista no artigo 291.º, teríamos: A vende a B que não regista e depois vende a C que também não regista e por fim C vende a D que regista.

No caso previsto no artigo 17.º, n.º 2, A vende a B que não regista e depois vende a C que regista e este vende a D que regista também.

A diferença nos dois preceitos legais estaria, pois, no facto de no segundo se exigir a pré-existência do registo inválido, enquanto que no primeiro serve apenas a invalidade substancial do negócio, base à segunda transmissão.

Portanto, não existem normas expressas na lei em que se preveja a aquisição tabular ou o efeito constitutivo do registo fora das situações de dupla alienação.

No tocante ao segundo fundamento, de referir apenas que se parte aí de uma noção prévia de finalidade da publicidade do

registo. É certo que tanto merece ser protegido o credor exequente como o adquirente de dupla alienação se considerarmos que o objectivo visado com a publicidade é a presunção do direito, ou seja, um efeito presuntivo. Mas cabe primeiro indagar sobre a publicidade a que nos referimos, pois se for aquela que visa a constituição de direitos em contrário à verdade material, isto é, no âmbito da função constitutiva do registo, então resta justificar porque é que o direito do credor exequente deve prevalecer sobre um direito anterior constituído verdadeiramente pelo embargante, ou seja, porque a segurança jurídica deve prevalecer em regra sobre o direito substantivo.

É que, atenta a previsão do artigo 291.º, responderíamos exactamente no sentido oposto pois nesse caso o terceiro adquirente só vê a sua situação segura em termos de comércio jurídico passados três anos por causa da protecção da lei à validade substancial do primeiro adquirente que durante esse tempo pode reclamar o seu direito.

No que respeita à tentativa de encontrar na venda executiva uma segunda venda forçada com vista a, ainda assim, se poder aplicar o conceito restrito de terceiro ao exequente, cabe relevar que tal perspectiva se traduz numa vã ficção da realidade por forma a conceder-lhe os mesmos efeitos que pela interpretação declarativa ou mesmo extensiva da lei lhe estariam vedados. O artigo 17.º, n.º 2, do CRegP, como norma excepcional que é não admite analogia nem mesmo *legis*.

3.2. Crítica à anotação ao acórdão 15/97

No que respeita à separação marcante levada a cabo pelo autor entre os artigos 5.º, 6.º e 7.º do CRegP e os artigos 17.º, n.º 2, do CRegP e 291.º do CC, ponto de partida para a sua conclusão sobre a normalidade dos efeitos consolidativos do registo predial, não podemos deixar de discordar.

Com efeito, a oponibilidade prevista no artigo 5.º — “só produzem efeitos contra terceiro” — pressupõe necessariamente a remissão para a noção de “efeitos” que o CRegP aceita. Neste sentido, os efeitos do registo são, em regra, como vimos acima, pre-

suntivos ou declarativos como decorre do artigo 7.º do mesmo diploma, e, excepcionalmente, enunciativos como no caso da usucapião ou constitutivos nas hipóteses de aquisição tabular previstas no artigo 17.º, n.º 2.

Assim, o entendimento da oponibilidade prevista no artigo 5.º tem que ser vista à luz dos efeitos do registo. Os factos sujeitos a registo só produzirão, a partir do seu registo, contra terceiros, efeitos meramente presuntivos em regra, podendo a presunção de titularidade do direito ser sempre afastada por prova em contrário da constituição do direito anterior através de acção de cancelamento do registo. Excepcionalmente — apenas nos casos do artigo 17.º, n.º 2 —, os factos sujeitos a registo só após o registo produzirão efeitos constitutivos, neste caso sempre apenas contra terceiros de boa fé que adquiram por via negocial onerosamente.

Por seu turno, os efeitos consolidativos só podem ser entendidos nas hipóteses excepcionais do efeito constitutivo pois constituem como um seu sinalagma alternativo (presentes os mesmos factos, existirá efeito consolidativo ou constitutivo, da parte das pessoas em conflito, consoante aquela que tenha registado em primeiro lugar). Só contra um terceiro que tenha um registo com efeito constitutivo (o terceiro de boa fé previsto no artigo 17.º, n.º 2) é que se forma um efeito consolidativo no titular que regista. Só relativamente àquele terceiro — único que adquire apenas por força do registo — é que o registo consolida uma situação substantivamente verdadeira que, a não ser registada, podia vir a ser, só nesse caso excepcional, ultrapassada por razões meramente formais do direito registal.

Assim, do artigo 5.º só pode ser retirada a função do registo nos mesmo termos em que tal é espelhado em todo o CRegP, ou seja, efeitos em regra presuntivos ou declarativos e, excepcionalmente, consolidativos ou, respectivamente, constitutivos.

Quem regista, fá-lo com a vantagem de, perante todos, poder apresentar o seu registo como uma presunção da titularidade do seu direito. Se estiver de má fé ou tiver adquirido o seu bem gratuitamente, pode contra si ver instaurada uma acção de cancelamento do seu registo que afasta a referida presunção, pelo que nesse caso o seu registo será sempre meramente presuntivo. Se estiver de boa

fé e tiver adquirido o bem onerosamente, o seu registo é consolidativo contra posteriores adquirentes e constitutivo face a anteriores, pois, mesmo no caso do seu registo ser inválido, evita que aqueles o possam atacar.

Por isso, também a função consolidativa ou constitutiva só se justifica nos casos do artigo 17.º, n.º 2, por razões atinentes à protecção especial do terceiro que adquiriu acreditando na fé do registo, numa situação não resolúvel por regras substanciais dado o facto da titularidade do direito ser discutível, ou seja, só em casos de dupla alienação com invalidade registal declarada pelo tribunal. A lei, distingue marcadamente as excepções e define-lhes a sua finalidade, pelo que estes efeitos não se podem aplicar na generalidade dos casos, por muito que a justiça da situação o justifique.

No tocante às previsões dos artigos 17.º, n.º 2, e 291.º, parece-nos que essas hipóteses, como todas as outras de não dupla alienação, cabem na concepção ampla de terceiro que não distingue entre a anterioridade do registo se reportar a uma invalidade substancial ou registal ou a uma validade.

Por seu lado, o artigo 819.º quando exclui as regras do registo deve fazê-lo nos termos já atrás exposto, em consonância com o disposto no CRegP, como veremos mais adiante deve ser também feito em relação ao artigo 824.º, n.º 2, do CC.

Relativamente aos artigos referidos pelo segundo voto de vencido, acentua-se que o anotador apenas afastou os artigos 832.º e 92.º, n.º 2, a) que, de facto são inaplicáveis ao caso do acórdão, mas não justificou as previsões dos artigos 909.º, n.º 1, al. *d*) e 825.º do CC que estipulam expressamente que o terceiro mesmo que não possa embargar — o que pode resultar da concepção restrita — nunca perde o seu bem porque pode sempre reivindicá-lo e anular a venda judicial.

Por fim, acerca da confirmação da hipótese aberrante provocada pela concepção ampla, de apontar que tal não corresponde à realidade por força do artigo 119.º, n.ºs 1 e 3, do CRegP. De facto, se A regista e vende X a B que não regista, quando o exequente penhora X contra A, B não pode embargar de terceiro segundo a concepção ampla, mas quando o exequente penhora o mesmo bem contra B, como o bem não está inscrito no registo em nome do executado, o juiz deve notificar o A para prestar declarações e a

penhora só se mantém se este confirmar a situação ou nada disser. Assim, neste último caso, se houver controvérsia relativamente à titularidade do bem, a penhora não prossegue ⁽¹⁵¹⁾

3.3. *Crítica à posição do Professor Teixeira de Sousa*

Sem prejuízo do que infra se dirá a propósito da concepção restrita e direitos do exequente, cabe em primeiro lugar assinalar que, de acordo com esta orientação, se a inércia do primeiro adquirente em registar impede que o exequente possa penhorar um bem que ainda consta do registo como sendo do executado, também é inegável que a prontidão diligente do mesmo adquirente traduz-se em regra na mesma impossibilidade de penhora daquele bem por parte do exequente.

É que, integrando aquele outro património e encontrando-se registado em nome de pessoa diferente do executado, preenche-se a previsão do artigo 119.º do CRegP e é obrigação do juiz notificar o titular inscrito, declarando este certamente de seguida que o bem lhe pertence, após o que remeterá o juiz as partes para os meios gerais, caducando o registo então provisório da penhora.

Num e noutro caso, o que acontece é que o exequente pode sempre nomear outros bens à penhora. Mas segundo a concepção ampla defendida pelo Professor, é mais valiosa a penhora de um bem de terceiro que não responde pela dívida do executado — na tutela da proteção da fé que merece o registo em que o exequente acreditou —, do que a verdade material da propriedade do bem pertencer a terceiro e do penhorante não ter legitimidade para se fazer pagar pela vendado mesmo.

Não podemos, pois, deixar de relevar que, no conflito entre os direitos do adquirente titular do direito sobre o bem embora não registado e do penhorante com registo, não pode vencer o mais diligente mas a verdade material, salvo nas circunstâncias específicas da anterior invalidade substancial ou registal. A finalidade

⁽¹⁵¹⁾ Segundo os ensinamentos ainda inéditos de TEIXEIRA DE SOUSA.

essencial do registo ainda não é fazer corresponder infalivelmente as duas verdades mas apenas publicitar factos.

No que respeita ao enquadramento do regime das situações tipo apresentadas pelo Professor atrevemo-nos a tomar posição oposta, salvo o devido respeito que é muito e merecido, sem dúvida.

As situações 2, 2.1. e 2.2., de dupla transmissão sem e com subtransmissão, não cabem, no nosso entender, como defendem supra, na previsão do artigo 291.º porque pressupõem que o segundo adquirente, C, registou a sua aquisição, quando o referido preceito só se aplica nos casos em que a aquisição do segundo adquirente, embora inválida substancialmente, não foi levada ao registo.

Nos casos de dupla alienação com subtransmissão (situação 2.2), rege o artigo 17.º, n.º 2 e não o artigo 291.º. E o regime é diferente naquele artigo, sendo de imediato o segundo adquirente protegido pela definitividade do seu direito em prejuízo do primeiro adquirente que não tem três anos para anular o registo, porque estamos em sede de direito registal meramente formal onde perante uma incompatibilidade que só pode ser resolvida pelas regras do registo, o CRegP teve que tomar uma opção pela segurança jurídica que protegeu o que acreditou no registo, em prejuízo do direito substantivo.

Nas situações 2.2, aplicando-se o artigo 17.º, n.º 2, à penhora, B nunca poderia embargar com êxito pois a posição de D como terceiro subadquirente que regista, prevalece sempre e imediatamente.

Por isso, aplicando a concepção restrita às situações tipo 2.2 de dupla alienação com subtransmissão apresentadas pelo Professor, o resultado é exactamente o mesmo do artigo 17.º, n.º 2, ou seja, B e C são sempre considerados terceiros e o direito de C prevalece sempre porque registou e, conseqüentemente também o direito de D, ⁽¹⁵²⁾ admitindo que se encontram C e D de boa fé, claro.

⁽¹⁵²⁾ Apesar de B e D não constituírem formalmente terceiros para efeitos de registo nos termos da concepção restrita, B ataca o direito de D através do direito de C. Podendo atacar este, o outro será em consequência também atacável ou não, mas sempre de acordo com a previsão do artigo 17.º, n.º 2, ou seja, não havendo conflito directo entre B e D.

Assim, não existirá qualquer conflito de soluções pois a estes casos não se aplica o 291.º mas o 17.º, n.º 2 e a solução é exactamente a mesma proposta pelo acórdão.

Nas situações 2 e 2.1 não se pode aplicar o artigo 291.º, em nosso entender, porque também não existe terceiro adquirente em consequência do negócio inválido celebrado entre A e C. Quando este transmite A e D, dá-se a situação 2.2.

Se as referidas situações tipo 2 fossem perspectivadas sob as vestes de invalidade substancial exclusiva regulada pelo artigo 291.º (A vende X a B que não regista; A vende a C que não regista; C vende a D que regista), é verdade que, segundo este preceito, sempre B tinha três anos para opôr o seu direito não registado a D, ou para embargar de terceiro no caso de penhora, enquanto que, de acordo com a concepção restrita, como B e D não são terceiros, B nunca poderia embargar.

Mas não esqueçamos que o artigo 291.º é uma norma do CC e não do CRegP que, por isso, responde a problemas substanciais e não registais e, consequentemente, embora pressupondo uma situação fáctica semelhante, pode resultar em soluções diferentes porque as finalidades e os princípios do direito civil não são as mesmas do direito registal, nem no caso entram em conflito, até porque os pressupostos são distintos.

Por seu turno, a decisão do acórdão refere-se apenas ao conceito de terceiro para efeitos de registo predial e será nesse âmbito que ela tem que ser impugnada porque só nesse universo jurídico ela vigora. Se a uma situação que não é regulada pelo direito registal se aplica regime diverso, não existe conflito porque também a essa situação a decisão do acórdão não se aplica. A confusão é, pois, estrutural e não conjuntural e decorre do conflito latente entre um direito substancial de acordo com o qual os negócios translativos têm eficácia directa e um direito registal meramente presuntivo e não constitutivo que abrange, contudo, excepções em prejuízo da realidade material.

O artigo 291.º é, no direito civil, também excepcional, porque prevê que um terceiro adquira em contrário com a realidade formal e de acordo com a tutela da expectativas de terceiros, mas é mais leve até do que o artigo 17.º, n.º 2, porque equilibra os direitos em conflito dando temporária prevalência à verdadeira titularidade.

Quanto à argumentação sobre os efeitos do registo e da aplicação do artigo 291.º, permitimo-nos também avançar soluções distintas.

Não é exactamente líquido que, como o terceiro de boa fé adquire no caso do artigo 291.º um direito por causa exclusiva do registo, este preceito prossiga um fim atributivo do registo. O que acontece, e sem esquecer mais uma vez que lidamos com uma norma de direito civil e não de direito registal, é que o terceiro adquire um direito em contrário da verdade material e da substancial titularidade. Mas isso não acontece por força do registo. Este funciona nesse caso como prova do direito do terceiro e ajuda a definir a segurança do comércio jurídico. É a tutela deste valor que o artigo 291.º prossegue e não as finalidades do registo. O terceiro adquire porque confiou nos normais efeitos dos negócios jurídicos e não porque acreditou num registo que nunca teve lugar. Não é, pois, uma função atributiva que preside à previsão do artigo 291.º e nem podia ser porque este preceito não trata de questões registais nem devia tratar porque se encontra no CC e não no CRegP.

Por seu turno, a concepção restrita de terceiro também não se traduz numa exclusiva protecção dos casos de função atributiva do registo.

É verdade que é esta função a explicação do artigo 17.º, n.º 2, e é também inegável que o conceito de terceiro defendido no acórdão se refere expressamente à previsão do artigo 5.º do CRegP. Mas daí não surgem automáticas nem a consequência de o artigo 5.º só abranger a função atributiva, nem o entendimento de a concepção restrita de terceiro esgotar os restantes entendimentos desse preceito resultantes de outras regras gerais do CRegP.

Quando a concepção restrita defende que só são terceiros para efeitos do artigo 5.º aqueles que de boa fé adquiriram do mesmo adquirente direitos incompatíveis, refere expressamente a palavra *efeitos*. Cabe, em nossa opinião, esclarecer que efeitos são esses. E não nos parece que sejam todos os efeitos do artigo 5.º, mas apenas aqueles que se referem a uma oponibilidade absoluta, ou seja, aos efeitos atributivos.

Assim, na sequência da doutrina restrita, quanto aos efeitos atributivos — que traduzem uma verdadeira oponibilidade porque não afastável por qualquer situação anterior ou posterior de boa ou

má fé⁽¹⁵³⁾ — previstos também no artigo 5.º, estes só acontecem relativamente a terceiros de boa fé em dupla transmissão. É essa a limitação mas também a única consequência do acórdão⁽¹⁵⁴⁾.

Isto não significa que o artigo 5.º não preveja mais efeitos nenhuns, pelo contrário, os artigos 6.º e 7.º do CRegP continuam a vigorar e têm que ser compreendidos em face da regra geral do artigo 5.º, não podendo este afastá-los ou negá-los ou abrangê-los na totalidade porque o CRegP tem que ser entendido de forma harmoniosa como um todo legislativo que o intérprete tem sempre que presumir correcto nos termos do artigo 9.º, n.º 3, do CC.

Neste sentido, o referido preceito geral não pode deixar de continuar a estabelecer que é também a partir do registo predial dos seus direitos e só depois desse momento que qualquer terceiro — não sendo aqui o conceito limitado — contra qualquer pessoa, pode opôr a presunção de titularidade do seu registo, ou seja, pode apôr os efeitos meramente presuntivos ou declarativos do seu registo, nos termos aprofundados nos artigos 6.º e 7.º⁽¹⁵⁵⁾.

Por outro lado, importa também ter presente que o efeito consolidativo do registo predial constitui apenas, como já supra avançámos, o outro lado alternativo da moeda do efeito constitutivo. É apenas uma questão de perspectiva e de relatividade da posição do terceiro no tempo.

O registo só é constitutivo quando um terceiro de boa fé regista o seu direito para garantir que contra o seu registo não possa ser oposto qualquer outro direito, ainda que as anteriores aquisições sejam inválidas e em consequência também o seja o seu registo⁽¹⁵⁶⁾. No que se refere àquele que regista, o registo é constitutivo.

⁽¹⁵³⁾ O terceiro beneficiário desse efeito desde que esteja de boa fé tem garantia de que não pode ser o seu registo afastado por qualquer invalidade de transmissões anteriores. E isso acresce à normal presunção de titularidade que qualquer terceiro tem quando regista o seu direito.

⁽¹⁵⁴⁾ De qualquer modo apenas esclarecedora, como o deve ser sempre a jurisprudência, porque tal já decorria da conjugação do artigo 5.º com o artigo 17.º, n.º 2, do mesmo diploma.

⁽¹⁵⁵⁾ Além de continuar a manter a previsão de que só a partir do registo a hipoteca produz efeitos mesmo inter partes (efeito também constitutivo) e de admitir a excepção dos direitos não registáveis, como a usucapião.

⁽¹⁵⁶⁾ Porque, nos termos do artigo 17.º, n.º 2, o direito de terceiro adquirente que regista primeiro e está de boa fé prevalece mesmo sobre quem tenha constituído direito incompatível anteriormente.

O registo assume função consolidativa quando o terceiro regista o seu bem logo que o adquire para evitar que contra ele outro adquirente possa vir mais tarde alegar a boa fé e um registo posterior à aquisição mas anterior ao registo desta. Este terceiro não tem que estar de boa fé mas apenas tem que proceder prontamente ao registo ⁽¹⁵⁷⁾.

Deste modo, considerando um mesmo sujeito que regista, esse registo assume efeitos constitutivos em relação ao passado (evitando invalidades de transmissões anteriores e, consequentemente, do seu próprio registo) e só se ele estiver de boa fé, e produz em simultâneo efeitos consolidativos para o futuro perante os posteriores adquirentes de boa fé que se poderiam ter fiado na ausência do registo para adquirirem validamente (estes, com efeitos atributivos), quer esteja ou não de boa fé.

O registo assume, por isso, efeitos constitutivos em relação a terceiros de boa fé que registam e consolidativos a terceiros que registam de boa ou má fé mas só contra posteriores terceiros adquirentes de boa fé. Desta forma, ambos os efeitos constituem exceções e não regra geral.

A regra geral do registo, que se aplica a qualquer terceiro e contra qualquer terceiro, é apenas a presunção de titularidade do registo prevista no artigo 7.º, o efeito declarativo ou presuntivo.

Por isso, e aplicando agora ao caso da penhora, mesmo que se entenda que o seu registo assuma uma função consolidativa, essa é a excepcional e não a normalmente prosseguida nem pelo direito registal em geral, nem pelo artigo 5.º, nem pelo artigo 17.º, n.º 2.

Aliás, passa-se exactamente o contrário: a função consolidativa sendo excepcional não pode ser interpretada de forma extensiva, de fora para dentro, ou seja, aproveitando-se uma situação concreta para alargar a previsão legal. Ela só surge e só pode ser tratada pela lei como tal quando se integra na norma excepcional, quando estejamos perante uma situação de dupla alienação, o que não é o caso da penhora, como bem salienta o Professor porque

⁽¹⁵⁷⁾ Porque o artigo 17.º, n.º 2, só garante a posição do terceiro adquirente de boa fé quando o primeiro adquirente não tenha registado. Se este registou, prevalece sempre o seu direito e o artigo 17.º, n.º 2, não se preocupa com a sua boa fé.

neste caso existe apenas uma alienação sem qualquer invalidez substancial por detrás.

Além disso, é também relevante salientar que, assim como o artigo 291.º integra o CC e não trata de matéria registal, também o artigo 838.º, n.º 4, que prevê a oponibilidade da penhora faz parte do CPC e não do CRegP, pelo que só pode sujeitar-se ao seu regime quando para ele remete — e se remeter —, e não criar regras novas.

Assim como duvidámos da natureza real atribuída pelo mero registo de acção de execução específica, também hesitamos em conceder qualquer tipo de eficácia real ao registo da penhora quando esta não é uma forma de transmissão de direitos, não constitui um direito real mas apenas concede ao seu titular um direito de garantia meramente obrigacional. Ora, esta eficácia seria na prática concedida se a incluíssemos nas hipóteses de dupla alienação, nas situações em que funciona efectivamente a função atributiva do registo e o exequente adquire por mero efeito do seu registo da penhora, e apenas por este ser anterior ao do direito do primeiro adquirente. Por outro lado, para a penhora ter efeito consolidativo do registo seria necessário que o CRegP o concedesse, o que não acontece porque tal não decorre de nenhum dos seus dispositivos.

Aplicando aqui o esquema de há pouco sobre os efeitos consolidativos e atributivos do registo e posto em conflito o adquirente potencial embargante, B, e o exequente do alienante, E, o penhorante E nunca poderia registar com efeitos consolidativos mas sempre com efeitos atributivos, passando-se o inverso com B. Isto porque, a aplicar-se a noção de terceiro à penhora, foi o E que acreditou no registo desconforme e, portanto, seria ele que constituiria um direito *ex novo*. O seu registo serve-lhe para evitar anteriores inválidas aquisições, portanto, teria efeito atributivo e por isso precisava de estar de boa fé. Já o B a ter registado, fá-lo-ia sempre para evitar posteriores aquisições tabulares, neste caso do E.

Portanto o registo da penhora não pode assumir qualquer função própria do registo porque a prosseguir qualquer finalidade registal seria a constitutiva e isso não se encontra previsto na norma excepcional do artigo 17.º, n.º 2.

Ora, sendo a função atributiva e consolidativa a excepcional e não se integrando a penhora nas previsões do CRegP, o seu registo só pode visar o efeito normal registal, ou seja, o presuntivo ou declarativo como decorre do artigo 5.º.

A orientação do acórdão explica, de facto, só a função excepcional do artigo 5.º porque veio clarificar uma solução que já decorreria da conjugação desse dispositivo com o 17.º, n.º 2, do mesmo diploma, não sendo necessário clarificar mais porque os outros efeitos e funções do registo decorrem normalmente do todo do CRegP.

3.4. *Adesão crítica à concepção restrita*

Apesar de pugnarmos por uma concepção restrita de terceiro, não podemos deixar de sublinhar um dos pontos da argumentação genérica do acórdão, sem prejuízo das críticas já expostas, que consideramos manifestamente atacável.

Trata-se da consideração da venda executiva como uma dupla alienação com a inevitável consequência de serem terceiros registrais o primeiro adquirente negocial e o segundo por venda judicial ⁽¹⁵⁸⁾. Desse modo e com expressa referência do acórdão, aplicar-se-à o artigo 5.º do CRegP da forma como é aí entendido, prevalecendo o registo da venda executiva em prejuízo da ausência do registo do primeiro adquirente, se o adquirente estiver de boa fé relativamente à primeira transmissão. Ora, equiparar a venda executiva, a uma venda negocial, forçada, quando estão em causa vectores subjectivos de boa ou má fé, é complicado, sobretudo porque isso pressupõe uma interpretação demasiado extensiva do artigo 17.º, n.º 2, do CRegP para

⁽¹⁵⁸⁾ Já ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Realização coactiva da prestação (execução) (regime civil)*, in *BMJ*, n.º 73, 1958, pp. 31-394, pp. 304-308, referia que na venda executiva nem o exequente vende em nome do executado porque ambos têm interesses conflituantes que não comportam representação; nem o juiz vende em nome do executado porque o juiz só representa o Estado; nem vende o exequente pois este só requer a venda. Quem vende é o Estado em lugar do executado, agindo por ele embora em nome próprio. De qualquer modo, salienta o mesmo autor que o que interessa é a aquisição derivada e não originária do adquirente.

não ser arriscada atenta a natureza excepcional deste preceito legal.

Por outro lado, aquele registo da aquisição forçada não pode certamente ser definitivo e constitutivo de direitos — o que resulta da sua integração nas hipóteses de dupla alienação — porque senão não fariam sentido o direito que assiste sempre ao verdadeiro titular do bem de o reivindicar mesmo após a venda executiva com a decorrente anulação desta, nos termos do artigo 909.º n.º 1, al. *d*). Será que, em aplicação do artigo 17.º, n.º 2, esta anulação não seria oponível ao segundo adquirente forçado de boa fé? Parece-nos uma interpretação muito ousada e de efeitos extremamente gravosos porque implica a determinante restrição dos direitos expressamente consagrados no CPC e no CC para os titulares de direitos reais.

No nosso entender, portanto, a dupla alienação implica sempre alienação negocial e não abrange os casos de alienação forçada, pelo menos se isso afectar normas imperativas estruturais do sistema, como é o caso em apreço ⁽¹⁵⁹⁾.

Presente esta crítica e por questões de mera celeridade do texto que já vai longo, consideramos integralmente reproduzidas as razões acima apresentadas e não criticadas em abono da concepção restrita com a limitação à boa fé. Estas razões assumem maior relevo na contradição entre o exequente e embargante e justificam-se neste caso específico como iremos tratar mais em particular já de seguida.

3.5. *Registo predial e terceiro embargante à luz do CPC*

Envolvendo a presente polémica uma contraposição de interesses entre exequente e embargante, há que primeiro situar o conflito no seio do universo onde ele nasce — a execução —, aí descontinando as relações entre penhora e venda executiva, já que é a esta que as normas que regulam o referido conflito se referem expressamente.

⁽¹⁵⁹⁾ No mesmo sentido, defendendo sumariamente que o registo da penhora não tem efeito atributivo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, ob. cit., p. 377.

Todavia, como o regime do CC e do CPC remete expressamente para as regras do registo predial porque parte do pressuposto de direitos registados, há que ponderar a questão sob a perspectiva particular do direito registal na medida do adequado aos nossos propósitos específicos e compreender, então, o artigo 5.º do CRegP à luz das várias concepções de terceiro que têm sido defendidas, a fim de se descobrir a eventual utilidade destas várias orientações, sobretudo no respeitante ao caso em apreço dos embargos a uma penhora sobre imóveis.

Por fim e em consequência, o entendimento da remissão para as normas registais feita no regime da execução e a nossa posição acerca do conceito de terceiro para efeitos de embargos de terceiro.

3.5.1. *Penhora, venda executiva e direitos inoponíveis à execução*

A questão da legitimidade activa nos embargos de terceiro em análise emerge do conflito latente entre duas posições antagónicas: a do credor exequente penhorante e a do terceiro embargante sobre determinado bem imóvel⁽¹⁶⁰⁾.

Enquanto este último tem interesse em manter a sua posse ou o seu direito, o exequente pretende fazer-se pagar de uma dívida do executado através da apreensão judicial de qualquer bem deste mas em particular daquele bem em causa porque o penhorou⁽¹⁶¹⁾. Não interessa ao penhorante qual o bem do executado penhorado pois serve-lhe qualquer um desde que os fins de ressarcimento da sua dívida sejam atingidos. Nem o incomoda a sua infungibilidade pois

⁽¹⁶⁰⁾ Como escreve TEIXEIRA DE SOUSA, *A penhora (...)*, ob. cit., p. 76, "Os arts. 831.º e 1037.º, n.º 1, do CPC reflectem, cada um no seu âmbito específico, o antagonismo entre o direito do credor à satisfação coactiva do seu crédito e o direito do terceiro possuidor ao gozo da coisa, dado que o exequente tem interesse em beneficiar da faculdade de executar a totalidade do património do executado e o terceiro está interessado em subtrair o bem possuído do património penhorável desse executado, pelo que há que estabelecer a necessária conciliação entre esses preceitos há que estabelecer (e fundamentar) uma hierarquia entre estes direitos."

⁽¹⁶¹⁾ Iremos, pois, só cingir-nos às acções executivas para pagamento de quantia certa.

que não pretende, em princípio, ficar com o bem mas apenas apreendê-lo judicialmente e, assim, garantir a sua venda durante a respectiva acção e, depois, com o produto desta, o pagamento da sua dívida.

A penhora daquele bem garante, por isso, ao exequente, o pagamento da sua dívida que só será efectiva com a venda executiva. Portanto, a penhora prepara e assegura a viabilidade da venda com a apreensão do bem. Só com a venda é que o direito do penhorante será concretizado tendo, contudo, o credor que respeitar a graduação dos outros credores entretanto reclamantes sobre os quais tem a preferência do artigo 822.º do CC.

Por suposto, no momento da penhora não existe um conflito de títulos de direito sobre o bem mas apenas uma questão relativa à sua apreensão, à sua posse e aos direitos de gozo que sobre ele o seu titular pode exercer, temporária ou definitivamente perdidos para o terceiro em favor do tribunal e depois do último adquirente. Na altura da penhora o direito e/ou posse do terceiro não se extingue mas fica precariamente onerado/a com a garantia resultante daquela.

É só aquando da venda executiva que se coloca verdadeiramente o problema do domínio, pois só aí o adquirente final — em regra não o penhorante —, é que vai adquirir pela compra o bem penhorado e sobre ele ter um direito real de fundo, nos termos do artigo 824.º, n.º 1, do CC. Apenas só com este adquirente é que o terceiro embargante titular do respectivo bem terá um conflito de verdadeiros direitos reais e de domínio.

Poder-se-ia pensar, por isso, que não existe uma real contração entre o direito do terceiro embargante e o do exequente penhorante porque neste caso o direito de fundo do primeiro prevaleceria sempre sobre o do segundo só decaindo na venda e servindo, desse modo, os embargos — sempre possíveis e procedentes — para evitar ao terceiro que a venda tivesse lugar e a correspondente perda definitiva do seu domínio.

Acontece que a penhora não é um acto solitário e autónomo na execução, como vimos. Ela representa exactamente um meio para alcançar uma finalidade específica, um instrumento ao serviço do exequente do pagamento da dívida que para com este tem o executado. Funciona, pois, apenas como uma garantia da oportunidade da venda, não se podendo esta efectuar se o bem continuasse

na posse de terceiro porque nesse caso o tribunal não teria legitimidade para proceder à sua venda.

A penhora só tem sentido com a venda e para a venda, constituindo um seu acto preparatório e preliminar e, em consequência, só pode ser entendida conjuntamente com esta e no âmbito geral da execução como um processo global constituído por vários actos sucessivos e interdependentes com vista a um fim específico de ressarcimento da dívida do exequente.

Não teria qualquer cabimento um terceiro afastar a penhora e o direito do respectivo credor se depois o seu direito não prevalecesse sobre a venda. Seria então uma mera forma do terceiro evitar uma venda que não podia afastar, o que não lhe pode ser permitido nos termos da lei. Se, pelo contrário, o seu direito sobre o bem penhorado prevalece sobre a venda executiva, então justifica-se a sua reclamação e o afastamento do bem da execução em prejuízo dos interesses do exequente. Isto porque estes interesses e a finalidade da execução só podem ir até onde não seja prejudicada a esfera jurídica dos direitos de terceiros.

Os embargos têm nesse caso, como já antecipámos supra, verdadeira utilidade já que evitam o protelamento no tempo de uma acção executiva que culmina com uma venda que seria depois anulada através de uma acção de reivindicação que o terceiro sempre poderia promover na hipótese de não ter embargado ou os seus embargos terem sido rejeitados por falta de prova suficiente. Os embargos acautelam os próprios direitos do exequente, dos credores reclamantes e do terceiro adquirente em venda judicial porque evitam a resolução da venda e a nulidade de todos os actos executivos, com as respectivas devoluções do bem e dos valores por este pagos.

Com os embargos procedentes, o exequente pode nomear outros bens, agora bens que sejam verdadeiramente da titularidade do executado. No caso de não existirem mais bens no património responsável do executado, apenas se adianta ao exequente um facto com o qual ele teria sempre que ser confrontado mais tarde: o de que só pode penhorar bens do executado e não bens de outras pessoa que nada lhe devem e que o executado não tem forma de pagar a sua dívida, pelo que terá que aguardar melhores dias e sorte mais favorável.

Além disso, é o próprio artigo 824.º, n.º 2, do CC, que, ao determinar os direitos prevalecentes ou compatíveis com a execução, se refere ao momento da penhora como o início da oponibilidade e retroacção dos efeitos da própria venda.

Daí a necessária interdependência entre penhora e venda executiva e o conseqüente tratamento do conflito entre direito do embargante e do penhorante na perspectiva dos ulteriores termos do processo, isto é, considerando os efeitos do direito do embargante em relação à venda executiva, vencendo os embargos consoante os direitos que constituem a sua causa de pedir prevaleçam ou não sobre a venda judicial.

Outra questão prende-se com a determinação dos direitos inoponíveis à execução.

Poder-se-ia pensar, num primeiro momento, que sempre prevaleceriam os direitos de terceiros porque estes não devem nada ao exequente e só o património do executado responde à execução. Mas, quer o artigo 818.º do CC, quer o artigo 831.º do CPC, nos adiantam respostas diferentes, podendo em regra ser penhorados bens na posse de terceiros, desde que, apesar disso, sejam bens do executado. Ora, há pois que verificar, em concreto, que bens é que são do terceiro e quais os que pertencem à titularidade do executado e quais, os que, de ambos, relevam ou não para a execução.

De acordo com o artigo 819.º do CC, ⁽¹⁶²⁾ são inoponíveis à execução os actos de disposição e oneração sobre o bem penhorado posteriores à penhora. Significa esta previsão que os referidos actos se forem praticados depois da penhora não afectam a continuação da execução. Os bens serão, assim, penhorados e vendidos, tendo apenas o terceiro que adquiriu o bem após a penhora direito ao restante após o produto da venda ter pago todos os credores exequente e reclamantes e a ser indemnizado pela perda da sua posse nos termos do artigo 824.º, n.º 3, do CC.

Assim, se X está penhorado e se o executado A seu titular o vende a B depois da penhora, o B adquire o bem onerado com a garantia da penhora e terá, por isso, que aguardar a decisão final da execução para depois, poder ter direito — só B e não A — ao que resultou da venda, se tiver resultado alguma coisa.

(162) E afastando agora o problema do registo que será tratado mais adiante.

Pelo exposto, quanto à constituição de direito após a penhora, a doutrina e jurisprudência parecem unânimes na sua inoponibilidade à execução e correspondente impossibilidade de fundamentar embargos de terceiro.

E controvérsia também não decorreria da interpretação dos artigos 819.º e 824.º, n.º 2, do CC se não existisse a expressa referência ao não prejuízo das regras do registo. Não fora esta remissão, tudo se resumiria à verificação da constituição do direito do embargante procedendo os embargos quando essa constituição ocorresse antes da penhora e decaindo nas restantes hipóteses. Isto, claro, com a exceção expressa que o artigo 824.º, n.º 2, do CC faz aos direitos de garantia que não prevalecem sobre a execução porque o seu titular tem a faculdade especial de os reclamar durante a execução nos termos do artigo 861.º e poder, desse modo, fazer-se pagar também pelo produto da venda após graduação de créditos.

Em consequência, importa esclarecer, quanto aos direitos reais constituídos antes da penhora, a que registo é que os artigos 819.º e 824.º, n.º 2, do CC se referem, que efeitos é que este registo terá e se essa remissão vem de alguma forma alterar a regra fácil da constituição prévia à penhora.

Acontece que essa análise não pode evitar o estudo do problema em face do direito registal já que essa remissão para as regras do registo só pode ser entendida como a aplicação global dos termos do CRegP que expressamente reproduzem no CC. Sob pena de contradição insanável entre sistemas e ramos do direito, o que nos é vedado concluir pelo artigo 9.º, n.º 3, do CC, temos que presumir que os dispositivos do CC não podem dispôr em contrário a normas imperativas do direito registal, especial face ao CC ⁽¹⁶³⁾.

(163) Nota-se desde já que quanto à alegação da mera posse, solitária ou conjuntamente com a alegação do direito, e independentemente do seu registo, se deve afastar da possibilidade de embargar a posse precária ou desinteressada, ou seja, aquelas posses que, mesmo tuteladas pelo direito (como a do depositário), não representam, face aos direitos e deveres do possuidor embargante e titular do direito de fundo sobre o bem, uma posse interessada ou duradoura que mereça a tutela do direito. Afastada será, pois, essa posse, não tendo o seu titular direito a embargar de terceiro, nem a qualquer direito nos termos do artigo 824.º, n.º 3, do CC.

3.5.2. Terceiros para efeitos de registo predial

Regressando ao direito registal, cabe indagar sobre o global funcionamento do acto do registo predial.

O registo tem no nosso direito uma mera função declarativa ou presuntiva da titularidade do direito objecto de inscrição, nos termos do artigo 7.º do CRegP. É esse facto que o registo publicita. Entre presunções conflituantes, prevalecerá, ao abrigo do artigo 6.º do mesmo diploma, a inscrição mais antiga.

As excepções a estas regras acontecem quando, estando em causa problemas meramente registais, ou seja, invalidades registais formais ou substanciais que só o direito registal possa solucionar — que não envolvam, por isso, questões de domínio resolúveis por outras vias à luz do direito substantivo — o CRegP tenha que se pronunciar e fá-lo em favor da segurança jurídica e da fé pública que merece o registo, em prejuízo do verdadeiro titular material e protegendo o adquirente que, apesar da invalidade e desconhecendo-a, transaccionou acreditando que o registo estava conforme a lei ⁽¹⁶⁴⁾.

Trata-se, pois, da previsão do artigo 17.º, n.º 2, do CRegP que prevê a excepção da aquisição tabular, de uma situação em que um titular inscrito adquire apenas por mero efeito do registo e em contrário às regras do direito substantivo — concretizando o registo deste beneficiário, uma função constitutiva sempre excepcional, porque nas condições específicas em que é protegido: quando tenha havido um registo anterior inválido no qual esse terceiro acreditou porque desconhecia qualquer transmissão anterior e qualquer invalidade formal do mesmo registo.

Essa protecção ocorre contra a declaração de nulidade do registo — sempre necessária nos termos do artigo 8.º do CRegP —, da iniciativa do verdadeiro titular do bem que não registou, desde que, claro, o terceiro tenha registado o seu direito antes do registo

⁽¹⁶⁴⁾ No direito italiano e a propósito da penhora, a lei — artigos 2914.º e 2915.º do CC — é expressa quanto à finalidade da prevalência do registo efectuado em primeiro lugar. Esta não tem como objectivo proteger terceiros de erros cometidos com o registo por parte do titular inscrito, mas sim resolver conflitos de interesses entre terceiros que confiaram no registo. Cfr. PROTO PISANI, *Titolo esecutivo, precatto, opposizioni*, Turim, 1983, p. 258.

da acção de nulidade (porque de outro modo deixa de estar de boa fé ou porque consultou o registo e viu lá o registo da acção e ficou a saber da invalidade do registo anterior, ou porque não consultou e então não fez fé em nenhum registo anterior).

Tudo acontece, contudo, de acordo com a prioridade do registo: como com a nulidade do registo desaparece o primeiro registo, só sobra o do terceiro adquirente que por força da excepção continua válido e que, por isso, prevalece sobre a ausência de registo do primeiro adquirente. Se este tiver registado, de nada serve a excepção do artigo 17.º, n.º 2, porque sempre prevalecerá o seu registo anterior, não acontecendo aquisição tabular.

As restantes excepções têm lugar relativamente à hipoteca cujo registo é constitutivo mesmo em relação às partes e não só a terceiros, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do CRegP, e aos direitos reais de gozo adquiridos por usucapião⁽¹⁶⁵⁾ que prevalecem perante terceiros independentemente de registo.

Relativamente aos sujeitos que inscrevem os seus direitos, o registo assume no caso da hipoteca efeito constitutivo excepcional, no caso da usucapião, efeitos enunciativos e nos restantes casos gerais, efeitos meramente presuntivos.

A aquisição tabular, contudo, revela-se um pouco mais complexa no que respeita à determinação dos efeitos do registo efectuado e em relação a quem.

Este registo terá efeitos constitutivos, atenta a previsão do referido preceito, só em relação a terceiros que anteriormente tenham adquirido o direito material do mesmo transmitente e não o tenham registado e, além disso, tenham impugnado o registo, por isso inválido, no qual o beneficiário do artigo 17.º, n.º 2, acreditou. Ou seja, quanto ao titular que regista, o seu registo só tem efeitos constitutivos relativamente a anteriores invalidades registais e só se esse titular estiver de boa fé e for adquirente do mesmo transmitente.

Mas existe outra perspectiva: a daquele que assim que adquire o seu direito o regista prontamente para evitar que qualquer terceiro de boa fé possa vir depois invocar a aquisição tabular. Isto é, face a terceiros de boa fé que venham a adquirir mais tarde, do

⁽¹⁶⁵⁾ E respectiva posse se alegada em exclusivo ou conjuntamente com o direito de fundo.

mesmo transmitente, direitos registados, aquele registo pronto apresenta efeitos consolidativos porque reforça a presunção normal da titularidade do direito de uma forma definitiva cristalizando também a regra do artigo 6.º do CRegP.

Deste modo se poderá dizer que, relativamente a quem regista e nesse momento, o efeito constitutivo do registo funciona para o passado e o consolidativo para o futuro (166). Só o titular de boa fé pode ter um registo com efeitos constitutivos em relação a anteriores situações jurídicas e qualquer titular, mesmo de má fé, pode ter um registo com efeitos consolidativos em relação a terceiros posteriores beneficiários da aquisição tabular. Isto porque contra qualquer terceiro do passado, do presente e do futuro, o efeito é o geral presuntivo.

E pode dar-se até o caso do titular que regista se encontrar de boa fé e registar, assumindo esse registo, simultaneamente, efeitos constitutivos para o passado e consolidativos para o futuro.

3.5.2.1. *Os efeitos do registo e os “terceiros” previstos no artigo 5.º do CRegP*

Ora, o que nos ajudará este entendimento dos efeitos do registo na interpretação do artigo 5.º do CRegP? Este é um preceito genérico do mesmo diploma e deve explicar a oponibilidade do registo, a sua eficácia e o verdadeiro sentido da sua publicidade. Por isso, deverá ser interpretado no seio do CRegP tomado como um todo unitário e em especial em função dos artigos 6.º, 7.º, 8.º e 17.º, n.º 2, não impondo efeitos distintos daqueles que já decorreriam da interpretação desses preceitos.

(166) ISABEL PEREIRA MENDES, *Repercussão (...)*, ob. cit., p. 610, apesar de defender uma concepção ampla de terceiro para efeitos de registo predial, escreve, a propósito do artigo 5.º do CRegP, que “pressupõe, além desses requisitos, que exista a seu favor uma inscrição registal e, enquanto esta se mantiver, o correspectivo direito não poderá ser afectado pela produção de efeitos de outro acto que esteja fora do registo e com ele seja incompatível”, para depois concluir sobre a relação entre o terceiro que inscreve o seu direito e o terceiro titular do direito oponível que “Dir-se-à que são terceiros entre si ou terceiros recíprocos. Mas, para os efeitos pretendidos só interessa o titular inscrito pois é a entidade protegida pelo direito registal”.

Quando o artigo 5.º se refere a *efeitos*, devemos aplicar os efeitos atrás discriminados da mesma forma como são previstos no direito registal, pelo que o registo de um facto sujeito a registo predial feito pelo seu titular e no momento da inscrição só a partir da data do registo produzirá efeitos presuntivos gerais contra todos os terceiros, enunciativos contra qualquer terceiro nos casos de aquisição por usucapião e constitutivos contra qualquer terceiro no caso particular da hipoteca.

Como serão interpretados aqui os efeitos constitutivos e consolidativos resultantes da aquisição tabular?

Pensamos que o artigo 5.º deve ser interpretado da seguinte forma: o registo produzirá, só a partir da data da sua inscrição, efeito consolidativos, contra terceiros de boa fé que venham a adquirir posteriormente o seu direito do mesmo transmitente e o registem, funcionando a perioridade prevista no artigo 6.º do CRegP na sequência da situação avançada pelo artigo 17.º, n.º 2, do CRegP; ⁽¹⁶⁷⁾ e efeitos constitutivos, contra quaisquer terceiros que anteriormente sejam os verdadeiros titulares e que não tenham registado o seu direito e que venham a impugnar entretanto qualquer registo anterior por isso inválido, nos termos do artigo 17.º, n.º 2, do CRegP.

De realçar, porém, um aspecto deveras importante: a regra decorrente da previsão do artigo 5.º do CRegP não tem como objecto *os efeitos* do registo, *mas os terceiros* contra os quais, na sequência da letra do n.º 1 daquele preceito, pode o registo produzir os seus efeitos típicos.

⁽¹⁶⁷⁾ Na situação: A vende x a B que não regista; A vende x a C que regista; B intenta uma acção de nulidade do registo de C. Se este estiver de boa fé, nos termos do artigo 17.º, n.º 2, como registou logo o seu direito, pode opô-lo a B que não registou e que alega uma invalidade registal substantiva ou formal. O registo de C é, por isso, constitutivo: em contrário de situações substanciais e contra aquisições anteriores e terceiros de boa ou má fé. Sob outra perspectiva, qualquer pessoa de boa ou má fé — neste caso o B — pode registar o seu direito contra qualquer terceiro que pudesse adquirir mais tarde o mesmo bem e registá-lo com efeitos atributivos — neste caso o C —, que por isso tem que estar de boa fé, ou seja o registo de B será apenas consolidativo porque reforça uma situação de acordo com a realidade substancial, aplicando-se apenas a regra da perioridade do registo prevista no artigo 6.º do CRegP, já que se C registar posteriormente, não funcionando o artigo 17.º, n.º 2, (porque C não está de boa fé já que consta do registo a propriedade de B), funcionará o artigo 6.º.

Portanto, o que o artigo 5.º regula não são os efeitos, nem sequer a posição de quem regista, mas os terceiros a que se opõe o registo.

3.5.2.2. *A interpretação do artigo 5.º do CRegP à luz das várias concepções e o conflito entre penhorante e embargante*

Presentes as regras gerais dos efeitos do registo predial numa interpretação declarativa e conjugada dos vários preceitos em aplicação, não podemos deixar de questionar a actuação neste âmbito das concepções de terceiros que têm sido defendidas e a sua consequência no caso dos embargos de terceiros a uma penhora de imóveis. Note-se que, como o objecto da previsão legal em análise — artigo 5.º do CRegP —, se dirige à noção de terceiro, as concepções adoptadas acabam por se traduzir na sua interpretação.

Vamos começar pela concepção ampla.

O registo de um facto, atento o sujeito que procede à inscrição e a esse momento, só produz a partir dessa data efeitos — contra “todos os que, tendo obtido registo de um direito sobre certo prédio veriam esse direito ser arredado por qualquer facto jurídico anterior não registado ou registado posteriormente”.

Portanto, o registo só produz neste caso efeitos contra terceiros que sobre o mesmo bem tivessem adquirido direitos incompatíveis, independentemente de estarem de boa ou má fé e de terem ou não adquirido de transmitente comum.

Portanto, reportando esta concepção os efeitos produzidos pelo registo aos factos constituídos anteriormente acaba por fazer só referência ao passado e, consequentemente aos efeitos constitutivos. Assim, restringe a interpretação do artigo 5.º do CRegP àqueles efeitos, *colando-o* ao artigo 17.º, n.º 2. Por outro lado, tem também como resultado óbvio o facto de prever o efeito constitutivo em contrário dos requisitos legais excepcionalmente previstos no artigo 17.º, n.º 2, ou seja, em situações de não dupla alienação.

Para a concepção mais retrita do *super* acórdão de 18/5/99, do artigo 5.º constaria a seguinte regra: o registo de um facto sujeito a registo, atento o sujeito que procede à inscrição e a esse momento, só após essa data produz efeitos contra terceiros que de

boa fé tenham adquirido direitos incompatíveis do mesmo transmittente comum.

Esta interpretação parece abranger qualquer tipo de aquisição pelo terceiro contra o qual os efeitos do registo se opõem, passada ou futura, relativamente ao momento da inscrição do registo. Desse modo, reportaria o sentido do artigo 5.º quer ao efeito consolidativo, quer ao efeito constitutivo, porque impõe a dupla alienação, mas ao exigir a boa fé do terceiro, sem distinguir os casos, provoca a violação do artigo 17.º, n.º 2.

Com efeito, o efeito constitutivo previsto naquele preceito exige só a boa fé do titular que regista e não do terceiro contra o qual se opõe os efeitos do registo, pelo que limitar-se-ia a aplicação do artigo 17.º, n.º 2, em contrário da intenção excepcional do legislador.

Se se entender que a referência da concepção se faz exclusivamente no sentido de factos constituídos no passado, temos uma restrição do artigo 5.º aos efeitos constitutivos e em violação do artigo 17.º, n.º 2. Se se entender que estão em causa factos posteriores ao registo que se opõe, então temos uma restrição daquele preceito aos efeitos meramente consolidativos, ficando a faltar uma noção de terceiro para os outros tipos de efeitos.

Não obstante, de realçar, como vimos acima, que nunca o registo da penhora pode funcionar com efeito consolidativo mas sempre com efeito constitutivo — o que lhe é vedado pelas regras da aquisição tabular. Isto porque nada garante contra o futuro mas sempre para o passado, em relação a anteriores aquisições de terceiros embargantes. Os efeitos consolidativos só seriam produzidos nesse caso na posição do embargante que garantiria, desse modo, com o registo do seu direito, a oponibilidade deste ao futuro penhorante — o que também lhe é vedado pelo artigo 17.º, n.º 2. Ora, mas essa interpretação virtual apenas protegeria o embargante face às regras gerais e não o penhorante.

Mais uma vez, por isso é que não se aplica esta interpretação do artigo 5.º, este efeito consolidativo do registo, à penhora embargada, porque no caso do exequente nunca existe uma coincidência entre titularidade e registo e no caso do embargante isso nunca será de tal forma automático que mereça uma presunção inilidível.

Para a concepção restrita, o artigo 5.º preceituaria da seguinte forma: o registo de um facto, atento o titular que o inscreve e nesse mesmo momento, só produz após essa data, efeitos contra terceiros que tenham adquirido direitos incompatíveis sobre o mesmo bens adquirentes de transmitente comum, independentemente da sua boa ou má fé.

Na esteira do que se disse relativamente à consequência interpretativa da concepção anterior, se fica afastado o problema da boa ou má fé, as eventuais críticas a esta concepção restrita limitar-se-ão ao problemas relacionados com a referência à data dos factos contra os quais se pode opôr o registo.

Porém, a referência expressa à inutilidade da boa ou má fé, acaba por traduzir uma limitação da norma do artigo 5.º aos efeitos constitutivos, já que só quanto a estes a boa ou má fé é irrelevante, sendo relevante para os efeitos consolidativos. Por isso também não deveria ser defendida.

Outra questão prende-se com a indefinição da data dos factos que acaba por resultar da noção apresentada desta forma.

Qualquer entendimento que limite aquela data ao passado ou ao futuro, restringe em contrário à lei a aplicação do artigo 5.º a um dos efeitos constitutivo ou consolidativo, embora a interpretação declarativa da noção apresentada por esta concepção nos remeta mais facilmente para os efeitos constitutivos, com as desvantagens já acima relevadas.

3.5.2.3. A mais valia das concepções, a sua aplicação à penhora embargada por terceiro e a interpretação do artigo 5.º do CRegC

A análise comparativa das concepções apresentadas e a sua conjugação com a interpretação do artigo 5.º do CRegP, serviu sobremaneira a busca do próprio sentido daquele preceito fundamental. Este prende-se tão somente com a noção de terceiro contra o qual se opõe os efeitos de um registo e não com qualquer definição de efeitos resultantes do registo. O artigo 5.º não pode, pois, inovar ou repetir a função dos restantes preceitos do CRegP e, sobretudo, não pode violar as suas regras excepcionalmente previstas.

Por isso, não cabendo ao artigo 5.º regular sobre os efeitos do registo, não podem as concepções apresentadas encontrar naquele preceito algo que já não decorra do restante normativo do CRegC e que não se reporte apenas à noção de terceiro.

Assim, a noção de terceiro defendida não pode resultar na violação das outras regras registais, nem pela criação de uma noção nova, nem pela sua restrição a determinados casos.

Deste modo, não se pode defender uma concepção que se prenda a uma referência a má ou boa fé do terceiro, por muito que em tese geral tenhamos admitido a sua vantagem, porquanto, em geral, os efeitos tanto exigem a boa fé como não a relevam. Por isso, se afasta desde já a noção defendida no *super* acórdão e também na concepção restrita já que nesta realça-se a irrelevância deste elemento, quando os efeitos consolidativos exigem a boa fé.

Por outro lado, não se pode fazer uma referência expressa à data dos factos contra ao quais se alega os efeitos do registo, pois tal também resultaria na limitação do artigo 5.º a algum tipo de efeitos.

O artigo 5.º do CRegP tem que ser encarado na sistemática deste diploma como uma norma neutra relativamente aos efeitos do registo e a qualquer outro elemento que não seja noção de terceiro e que se encontre previsto noutra norma registal. Há, pois, necessidade de se optar por uma noção de terceiro tão ampla que preveja todos os efeitos registais típicos legais mas tão precisa que não identifique um efeito nem viole nenhum dos seus requisitos imperativos.

E se as questões relacionadas com a data dos factos ou com a boa ou má fé se resolvem pela omissão, não se fazendo qualquer referência nem expressa nem implícita a tais realidades na noção de terceiro defendida, o mesmo já não se pode fazer no respeitante ao problema fundamental da dupla alienação.

Com efeito, esta parece ser a questão essencial que separa as várias concepções e com razão assente na lei, já que se aquela dupla alienação é pressuposto dos excepcionais efeitos consolidativos e constitutivos, já tal não se revela necessário na previsão dos restantes efeitos presuntivos e enunciativos.

O ideal parecia apontar no sentido de se adoptar uma noção também neutra neste aspecto. Acontece que desse modo se admiti-

ria a possibilidade de alegação dos efeitos consolidativos e constitutivos em situações de não dupla aquisição, em violação da imposições legais.

Neste campo, parece pois impossível fugir à escolha expressa, à integração deste elemento na noção apresentada. Esta, no nosso entender, devia passar por, em alterantiva, ou definir de forma expressa que a dupla alienação só acontece quanto aos efeitos consolidativos e constitutivos, ou discriminar mesmo o que acontece com todos os efeitos registais.

De qualquer modo, conscientes que também não apresentamos uma alternativa concreta às concepções criticadas, relevamos que qualquer concretização destas ideias se enquadraria na ideia geral já acima delineada e que garante a especialidade do CRegP: a de que este só trata de questões registais e não pode, como lei especial, emiscuir-se em matérias alheias. Não se pode, pois, em nosso entender, pensar que, por muito que o CPC remeta para o direito registal, este apresente uma previsão expressa para uma questão de direito executivo.

3.5.3. *Os efeitos do registo previstos nos artigos 838.º, n.º 4, do CPC e 819.º e 824.º, n.º 2, do CC*

Neste momento, revela-se, pois, imprescindível perguntar sobre a utilidade e o significado da remissão feita pelos artigos 838.º, n.º 4, do CPC e 819.º e 824.º, n.º 2, do CC.

Sendo assim, que efeitos produzirá o registo da penhora exigido pelo artigo 838.º, n.º 4? Em princípio, os efeitos gerais previstos no CRegP e não afastados pelo artigo 5.º, presuntivos ou enunciativos perante qualquer terceiro, diríamos nós.

Acontece que o referido preceito exige o registo da penhora e tece a oponibilidade da execução de acordo com a existência desse registo, pelo que somos levados a concluir que, nesse caso, se produz um efeito constitutivo perante os terceiros à execução porque o registo constitui *ex novo* uma situação que não existia antes, embora não contrária às regras do direito civil onde se enquadra. Mas esta criação original nada tem a ver com o efeito constitutivo predial, porque o registo da penhora apenas faz nascer original o

seu efeito presuntivo perante terceiros — embargantes, credores reclamantes ou posteriores exequentes em relação ao mesmo bem. Por isso é que a penhora de nada vale — senão para as partes na execução —, se não for registada, só o registo lhe concede a oponibilidade da execução.

E o que dizer dos efeitos do registo do direito do terceiro embargante previstos no texto dos artigos 819.º e 824.º, n.º 2, do CC? Desde já, não sendo ele um terceiro adquirente de transmitente comum em relação ao penhorante, nunca se podem produzir efeitos constitutivos ou consolidativos, independentemente da concepção adoptada sobre terceiros para efeitos de registo predial.

Desse modo, os efeitos do seu registo serão os gerais presuntivos e enunciativos — estes últimos apenas nos termos da parte final do artigo 824.º, n.º 2, e nos casos da usucapião para as hipóteses de penhora de imóveis que prevalecem sempre sobre a execução — contra qualquer terceiro.

O registo do direito do embargante apenas servirá de meio de prova do direito e/ou da posse alegada como causa de pedir dos embargos e se for anterior ao registo da penhora.

Os efeitos úteis não são poucos nem irrelevantes, já que a exibição desse registo inverte o ónus da prova passando a ter que ser o penhorante a produzir prova contrária para afastar a causa de pedir presumivelmente provada pelo registo — o que é um ónus muito grave atendendo ao valor do registo ⁽¹⁶⁸⁾.

Se o exequente não consegue produzir prova contrária, os embargos procedem porque, quer a presunção derivada do registo do direito, quer a do registo da posse, são anteriores ao registo da penhora e prevalecem nos termos do artigo 1268.º do CC.

Por isso, o embargante não vê a sua posição completamente garantida com o registo do seu direito, mesmo que alegue o direito, a posse e o respectivo registo predial, porque pode sempre o penhorante afastar esse registo.

Releva-se desde já que esta é até uma interpretação que, em relação à concepção ampla, melhor protege a execução e o penhorante, pois que de acordo com aquela orientação, neste caso preva-

⁽¹⁶⁸⁾ São exemplo disso os casos de reconvenção pauliana em que o penhorante tem que mover simultaneamente uma acção de cancelamento daquele registo

leceria sempre o direito do embargante enquanto que ao abrigo da doutrina do acórdão de 18/5/99, o penhorante ainda tem hipóteses de afastar essa presunção.

Se o embargante não tiver o seu direito e/ou posse registados, apenas pode recorrer à prova da situação de facto da posse para presumir a titularidade do seu direito também alegado ou à prova deste em caso de não alegar a posse, caindo sobre o exequente, nesse caso, a obrigação mais leve de afastar os factos alegados.

A esta situação acresce a particularidade de o penhorante poder socorrer-se de um eventual registo predial do direito alegado pelo embargante posterior à penhora, que agrava ainda mais a prova do direito e/ou da posse causa de pedir dos embargos.

Convém, neste momento, debruçarmo-nos sobre os artigos 819.º e 824.º, n.º 2, do CC e proceder à sua leitura conforme as conclusões a que fomos chegando.

Do primeiro preceito se retira a regra geral nos termos da qual não prejudicam a execução os direitos constituídos após a penhora, excepto se outra coisa resultar das regras do registo predial e, inclusivamente, dos seus efeitos presuntivos.

Desta regra se excluem os casos da constituição com base na usucapião e aqueles em que o direito tenha sido constituído após a efectivação da penhora mas antes do seu registo, pois que apesar de posterior à penhora, pode prevalecer sobre ela, desde que o embargante proceda à respectiva prova, com ou sem presunções derivadas da posse ou do registo anterior.

Do mesmo artigo 819.º do CC se extrai, ainda, *a contrario*, outra regra: a de que prejudicam e são oponíveis à execução — constituindo fundamento de procedentes embargos de terceiro —, os direitos constituídos antes da efectivação da penhora, excepto se, por força das regras do registo predial, o embargante não conseguir provar o seu direito, não tendo um registo anterior ou, tendo tido, o penhorante tiver produzido prova contrária que afastou a respectiva presunção, ou, simplesmente, sem qualquer presunção, não tiver conseguido provar o seu direito.

No respeitante ao artigo 824.º, n.º 2, do CC, o problema revela-se mais complicado porque, estipulando expressamente este dispositivo que os direitos reais menores caducam com a execução se não tiverem registo anterior ao da penhora, nada resta ao intérprete para o conjugar harmoniosamente com o CRegP senão a

interpretação restritiva. Com efeito, não podendo o artigo em causa estabelecer de forma contrária ao direito registal e recebendo a globalidade do regime do registo predial pela remissão expressa e directa a que procede, tem que ser interpretado de modo a referir-se unicamente aos efeitos presuntivos gerais.

Desta maneira, só caducam com a execução os direitos que não tenham registo anterior desde que por outra forma o seu titular não consiga provar a sua constituição, e podem mesmo caducar quando o registo seja anterior se a sua presunção for afastada por prova contrária produzida pelo penhorante.

3.5.4. *O conceito de terceiro para efeitos de embargos*

Em conclusão, poderemos afirmar que terceiros para efeitos de embargos a uma penhora de imóveis, serão apenas os titulares de direitos reais de gozo constituídos antes do registo da penhora (o que abrange os direitos constituídos depois da efectivação da penhora mas antes do seu registo), da posse constituída antes do mesmo momento e nos mesmos termos do direito de fundo cuja titularidade presume, e de direitos reais de gozo adquiridos por usucapião cuja constituição retroaja a posse com início antes do registo da penhora.

Não fundamentarão embargos de terceiro os direitos reais de garantia porque os seus credores podem reclamar nos termos do artigo 861.º, salvo os casos excepcionais acima já tratados.

Se o embargante relativamente aos primeiros direitos e posse tiver registo predial anterior ao registo da penhora, inverte-se o ónus da prova e só ficará assente para efeitos de caso julgado, se os embargos forem procedentes, que existiu registo predial em certa data.

Se o embargante não tiver registado nem o direito nem a posse, sempre pode socorrer-se da prova da constituição desta para presumir o seu direito, correndo pelo exequente o ónus de afastar a presunção do direito correspondente à posse pela prova contrária da situação de facto alegada. No caso de vencerem os embargos, só fica assente a posse em certa data.

Se o embargante alegar o seu direito e não se socorrer de qualquer presunção, o ónus da prova daquele corre por sua conta mas se ganhar os embargos ficará assente a titularidade do seu direito.

Se o exequente provar o registo do direito alegado pelo embargante posterior à penhora e os embargos caírem, só fica assente que existiu registo em certa data ⁽¹⁶⁹⁾.

Esta nossa proposta interpretação do conceito de terceiro para efeitos de embargos apresenta alguns efeitos práticos relevantes e relativos à nossa argumentação inicialmente apresentada a propósito da fase introdutória dos embargos.

Neste caso — readaptando as nossas conclusões em face do entendimento global a que chegámos neste momento —, em que a prova é meramente sumária e não sendo o exequente ouvido, devem ser sempre admitidos os embargos só com base na prova documental que consiste no mero registo predial não sendo necessário ao embargante produzir mais nenhuma prova, desde que seja alegado direito real de gozo anterior à penhora. Em caso de falta de registo, a prova sumária resumir-se-á aos factos constitutivos do direito e/ou da posse. Não obstante, se o juiz deparar com um registo posterior à penhora, deve na mesma aguardar a prova dos factos constitutivos do direito e/ou posse alegados e não rejeitar liminarmente.

Se o embargante alegar posse ou direito constituído em data anterior à da penhora, ou qualquer outro direito que caduque com a venda executiva nos termos acima expostos e como já defendemos, devem ser os embargos liminarmente rejeitados.

Portanto, para a noção de terceiro embargante, o registo do direito que alega apresentará apenas efeitos presuntivos gerais e nunca consolidativos ou constitutivos porque exequente e embargante não são terceiros para efeitos das regars que prevêm aqueles efeitos registais.

IV. Os embargos preventivos

1. O regime dos embargos preventivos

Centrando agora a nossa atenção na parte especial do nosso estudo, iremos aproveitar toda a nossa análise anterior limitando os

⁽¹⁶⁹⁾ Isto sem prejuízo do caso julgado nas hipóteses de reconvenção, como acima já tratámos.

nossos comentários unicamente aos aspectos particulares da dedução de embargos preventivos, sem prejuízo das conclusões a que entretanto fomos chegando na figura geral dos embargos de terceiro.

Com efeito, a maior parte dos problemas relevantes têm lugar a propósito de questões que são comuns aos dois tipos de embargos, não assumindo os preventivos verdadeira autonomia no que se refere a resoluções controversas ⁽¹⁷⁰⁾.

A pedra de toque da distinção, nos termos do artigo 359.º, incide sobre o momento da sua dedução, com as necessárias conseqüências em termos de regime.

Se o terceiro deduz os seus embargos antes da efectivação da penhora, fá-lo de forma preventiva evitando a ilícita ofensa a um seu direito ou o seu ilegítimo desapossamento do bem cuja penhora foi ordenada. Se os apresenta depois da apreensão ou entrega judicial daqueles bens, os embargos são repressivos.

Na fase introdutória, enquanto o requerimento de embargos preventivos suspende desde logo a efectivação da penhora que não chega a ter lugar, o requerimento de embargos repressivos não produz efeitos suspensivos.

Com o despacho de rejeição, nos preventivos a penhora continua e dá-se a sua efectivação, nos repressivos a apreensão ou entrega dos bens mantém-se.

Se os embargos são recebidos, sendo preventivos, a efectivação da penhora prossegue suspensa até à decisão final, sendo repressivos, a penhora já efectuada suspende-se desde o recebimento até àquela decisão, podendo neste último caso o terceiro requerer a restituição provisória da posse, eventualmente sob caução.

⁽¹⁷⁰⁾ Por isso, com salvaguarda do escrito de PAULO CUNHA, *Sobre a função preventiva dos embargos de terceiro*, in *RDES*, ano I, n.º 2, 1945, pp. 77-93 — que, porém, só trata da questão do efeito do recurso da decisão de rejeição —, a doutrina não tem aprofundado a análise do artigo 359.º, nem de todo o regime e natureza dos embargos de terceiro preventivos, limitando-se a tratar as regras que de forma mais saliente se opõem à figura geral dos embargos repressivos. Cfr., neste sentido, entre outros, TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva (...)*, ob. cit., p. 315; GUERRA DA MOTA, *Manual da Acção Possessória*, vol. I, Athena Ed., Porto, 1980, pp. 37-39, 61-66, 144-149; LOPES CARDOSO, *Manual da acção executiva*, ob. cit., pp. 388 e seguintes; JOÃO DE BARROS COUTO ROSADO, *Embargos de terceiro (...)*, ob. cit., pp. 120-131; LEBRE DE FREITAS, *Código (...)*, ob. cit., pp. 630-631; REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 293; SALVADOR DA COSTA, ob. cit., pp. 205-207; DUARTE PINHEIRO, ob. cit., pp. 50-56, 62-67; ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais*, ob. cit., pp. 376 e seguintes.

Na fase contraditória, não existem diferenças senão quanto aos efeitos da sua procedência ou improcedência. Se o terceiro ganha a fase contraditória, a situação suspensa passa de provisória a definitiva, mantendo-se a posse do terceiro nos preventivos e convertendo-se a restituição nos repressivos. Se o terceiro perde a fase contraditória, nos embargos preventivos levanta-se a suspensão da penhora e esta continua na sua efectivação, e nos repressivos tudo volta ao início, retomando-se a efectivação da penhora já iniciada e caducando a restituição provisória.

1.1. *A dedução de embargos preventivos*

Os embargos preventivos são deduzidos após o despacho que ordena a realização da penhora e até ao momento da efectivação desta.

Não existe, pois, qualquer prazo determinado e fixo para a respectiva dedução, ao contrário do que se passa com os embargos repressivos.

O embargante dispõe de todo o período que medeia aqueles dois momentos e que acaba por não ser muito extenso, pelo que não se justificaria a limitação do direito do embargante. Além de que, considerando a natureza claramente cautelar destes embargos, a finalidade de evitar a efectivação da penhora e a perda de posse do terceiro, acontece, desde que este tenha conhecimento de que os seus bens vão ser penhorados, até àquela efectivação.

Por isso, os termos iniciais e finais da dedução são balizados pelas datas do proferimento do despacho ordenatório da penhora e da própria efectivação desta, ⁽¹⁷¹⁾ e não de qualquer momento a partir do qual o embargante teve conhecimento ou do respectivo registo. Seguramente, não podem ser deduzidos, nos termos do artigo 353.º, n.º 2, depois dos respectivos bens terem sido judicialmente vendidos ou adjudicados ⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁷¹⁾ Neste sentido, GUERRA DA MOTA, ob. cit., p. 144; SALVADOR DA COSTA, ob. cit., p. 206.

⁽¹⁷²⁾ Sobre a discussão da aplicação do prazo de vinte dias também aos embargos preventivos ao abrigo do Código anterior, cfr. DUARTE PINHEIRO, ob. cit., pp. 52-53; ALBERTO DOS REIS, ob. cit., pp. 437.

Como entre a data da efectivação da penhora e a data da sua notificação às partes pode decorrer um espaço de tempo razoável e como, sobretudo, o terceiro embargante não é notificado da efectivação da penhora e pode não ter deste conhecimento formal ou informal em concreto, é possível e não rara a hipótese de os embargos serem deduzidos como preventivos na previsão de uma apreensão judicial de bens ainda não ocorrida mas entrarem já em momento posterior à data da efectivação da penhora.

Nestas circunstâncias, entendemos que o juiz deve receber os embargos preventivos e convolá-los para repressivos, nos termos do artigo 661.º, n.º 3 ⁽¹⁷³⁾.

Por fim, não queríamos deixar de assinalar uma circunstância de facto que se agudiza no caso dos embargos preventivos a uma penhora de imóveis, e que manifesta a fraca utilização que destes embargos tem sido feita pelos terceiros com legitimidade para tal, pela redução da própria utilidade daqueles.

Perante o regime da penhora de imóveis nas várias espécies processuais, reduzem-se a raros os casos em que os terceiros têm conhecimento do despacho ordenatório da penhora antes desta se efectivar para poderem deduzir a tempo os embargos preventivos.

Com efeito, na penhora de imóveis (e neste ponto também nas outras penhoras), o único sujeito, com excepção do exequente, notificado autonomamente do despacho ordenatório da penhora é o executado — artigo 838.º, n.º 1.

A notificação ao executado do despacho ordenatório da penhora só acontece, contudo, no processo ordinário e em regra, já que ao abrigo do artigo 838.º, n.º 2 o exequente pode avançar

⁽¹⁷³⁾ Neste sentido, LOPES CARDOSO, *ob. cit.*, p. 388; DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 50-51. Opondo-se, embora à luz do anterior Código, defendendo que a convolação da acção de manutenção em restituição de posse se aplica apenas aos casos de qualificação jurídica de determinado facto como turbação ou esbulho, ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pp. 376 e seguintes. Pela nossa parte, de acrescentar que se essa convolação é possível por razões de qualificação jurídica por maioria de razão se justifica em caso de erro sobre os pressupostos de facto manifestos de que o embargante não podia conhecer. Preferir despacho de aperfeiçoamento é inútil porque implicaria o protelamento no tempo de uma óbvia resposta do embargante que consistira apenas na mudança do nome dos embargos. Por outro lado, o indeferimento liminar deste é uma grave limitação não fundamentada dos direitos oportunamente exercidos pelo embargante.

razões válidas para que o executado só seja notificado da efectivação da penhora e não do despacho ordenatório (174).

Nos processos sumários e especial de alimentos, como é o exequente que nomeia bens à penhora e o executado só é citado após a efectivação daquela, nunca ninguém, além do exequente, tem conhecimento formal do despacho ordenatório da penhora, com excepção dos eventuais depositários nomeados.

Ou seja, dificilmente na penhora de imóveis os terceiros que podem deduzir embargos preventivos têm conhecimento a tempo do despacho ordenatório da penhora para os poderem deduzir.

Esse conhecimento só acontece por acaso, através de vias informais, relativas a funcionários do tribunal, ao depositário nomeado ou ao executado ou nas hipóteses em que o depositário nomeado seja o arrendatário nos casos particulares do bem se encontrar arrendado nos termos do artigo 841.º.

Na prática, quem acaba por ter mais hipóteses de deduzir estes embargos será o cônjuge do executado e só nos casos em que este é também notificado, ou seja, nos processos ordinários.

Os terceiros que se encontram na posse física do bem penhorado só acabam por ter conhecimento mesmo da efectivação da penhora quando o depositário tenha dificuldades em tomar conta dos bens e requeira ao tribunal a sua entrega efectiva nos termos do artigo 840.º e mesmo aí os terceiros sempre podem socorrer-se da oposição prevista no artigo 832.º em vez dos embargos, neste caso já repressivos.

Isto porque a efectivação da penhora é feita por termo do processo, mediante o qual os bens se consideram entregues ao depositário, não existindo qualquer actuação *in loco*.

Concluimos, pois, que os embargos preventivos acabam por ter muito pouca utilidade prática e quando esta exista, apenas nas execuções ordinárias e sobretudo em relação ao cônjuge do executado.

(174) O que significa, em nosso entender, que essa é mais uma das hipóteses em que, apesar de a execução ser ordinária, se atribuir ao exequente o ónus de nomear os bens à penhora, porque a aplicação da regra geral do artigo 833.º não teria qualquer sentido pois o executado não era notificado do despacho ordenatório da penhora mas era notificado para nomear bens à penhora.

1.2. *Os efeitos da dedução de embargos preventivos*

Nos termos do artigo 359.º, n.º 2, a apresentação da petição inicial de embargos preventivos produz a suspensão da instância executiva que se mantém até ser proferida decisão final na fase introdutória ⁽¹⁷⁵⁾.

Isto significa que basta ao terceiro embargante deduzir os embargos preventivos oportunamente para que a sua posse seja mantida, justificando-se a temporária limitação dos direitos das partes na acção executiva em favor de uma alegação de terceiro a quem se atribui o benefício da dúvida quando na realidade ainda não foi efectuada a apreensão judicial e nada garante que, não fora a referida dedução, tal efectivação ocorresse de imediato.

Os efeitos, porém, podem ser alterados aquando do final da primeira fase dos embargos. A suspensão da instância do processo principal só se manterá se os embargos forem recebidos, caso contrário, aquela suspensão é levantada, retomando-se a execução no momento em que tinha sido paralizada temporária e provisoriamente — prosseguindo-se a efectivação da penhora.

Assim, em todos os casos de rejeição dos embargos preventivos, já não se justifica o benefício da dúvida atribuído à possibilidade do terceiro embargante ter razão, pois esta foi sanada pela fraca prova sumária que não lhe deu razão.

Se, pelo contrário, essa prova foi procedente e transformou a dúvida em certeza provisória, o terceiro pode continuar na posse do bem, mantendo-se a suspensão da penhora, continuando a execução parada no momento do despacho ordenatório da penhora.

De qualquer modo, essa manutenção na posse é sempre provisória e apresenta natureza cautelar, exercendo o terceiro embargante sobre o bem penhorado todos os direitos próprios do direito ou posse de que sobre aquele é titular, embora sujeitos à condição resolutiva da procedência final dos embargos.

Se os embargos forem recebidos, pode o juiz decidir exigir do embargante a prestação de caução que assegure a reparação do

⁽¹⁷⁵⁾ Como refere SALVADOR DA COSTA. ob. cit., p. 207, deve o juiz proferir na execução despacho minimamente fundamentado de suspensão da instância.

eventual dano proveniente da perda do rendimento do bem até ao julgamento dos embargos, em favor dos embargados ⁽¹⁷⁶⁾.

Se esta prestação não for prestada na condições determinadas pelo juiz, deve a suspensão que se mantém com o despacho de recebimento ser negada ao embargante, continuando os embargos mas retomando-se a instância executiva como se o despacho não tivesse sido proferido ⁽¹⁷⁷⁾.

1.3. *O recurso do despacho de rejeição dos embargos preventivos*

O novo texto do artigo 359.º, n.º 2, esclareceu uma dúvida que se tinha instalado na doutrina acerca do âmbito dos efeitos da suspensão da instância em caso de recurso do despacho de rejeição dos embargos preventivos ⁽¹⁷⁸⁾.

Com efeito, enquanto o anterior artigo 1043.º, n.º 2, dispunha que a “a diligência não será efectuada antes do despacho de recebimento ou rejeição dos embargos”, o actual refere apenas que “a diligência não será efectuada antes de proferida decisão na fase introdutória dos embargos”.

A questão assumia relevo aquando do recurso do despacho de rejeição porquanto nesse caso, encontrando-se a decisão em recurso suspensivo, não assumia efeitos definitivos, podendo a instância executiva continuar provisoriamente paralizada ⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. LEBRE DE FREITAS, ob. cit., p. 631.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. LOPES CARDOSO, ob. cit., p. 396; DUARTE PINHEIRO, ob. cit., p. 62.

⁽¹⁷⁸⁾ E que deu origem ao artigo já citado de PAULO CUNHA.

⁽¹⁷⁹⁾ Como os embargos de terceiro antes da reforma de 95/96 eram considerados processos especiais aplicava-se o regime geral dos recurso a um despacho que ponha termo ao processo, subindo nos próprios autos e tendo em regra efeito suspensivo. Só havia, relativamente a embargos deduzidos a penhoras, quem defendesse a analogia do artigo 923.º que se aplicava aos embargos de executado e o recurso com efeito devolutivo e não suspensivo. Entendia PAULO CUNHA, ob. cit., que só a decisão de recebimento dos embargos era condição impreterível da continuação da suspensão da penhora, podendo o terceiro recorrer da decisão que rejeitasse os embargos mas que este recurso não suspendia os termos da execução. As suas razões visavam impedir a utilização abusiva desta manobra por parte de terceiros forjados pelo executado que não queria ser licitamente desapossado dos seus bens, manobra que podia não ser evitada na totalidade pela condenação em litigância de má fé. E consistiam estas no facto de a probabilidade da razão do terceiro expressa na decisão de recebimento dos embargos, justificar com justiça que uma

Hoje o texto do preceito aplicável já não oferece dúvidas em nosso entender porque refere expressamente que a penhora não é efectuada só até haver decisão final na primeira fase dos embargos, ou seja, qualquer decisão, tratando depois da continuação da suspensão apenas com base no termo inicial do despacho de recebimento.

Assim, nos termos do artigo 359.º, n.º 2, a regra é a de que a suspensão só dura durante a fase introdutória, caducando com a decisão final desta, excepto quando haja despacho de recebimento dos embargos e o embargante preste caução quando determinada pelo juiz.

Por outro lado, o actual enquadramento dos embargos de terceiro como incidentes de instância conduz à aplicação, em sede de recursos, do artigo 739.º, pelo que nos termos do seu n.º 1, o recurso do despacho que não admite o incidente — que é o caso do despacho de rejeição — é de agravo e sobe imediatamente nos próprios autos de incidente pois os embargos de terceiro são processados por apenso, o que provoca, nos termos do artigo 739.º, n.º 2, a desapensação do autos de embargos de terceiro à execução.

Ou seja, hoje em dia, o recurso da decisão que não recebimento dos embargos provoca a sua desapensação da execução onde foram deduzidos, pelo que só existe suspensão dos próprios embargos de terceiro e não da execução que continua.

decisão judicial de ordenar uma penhora se suspenda, porque se entende que, apesar de uma decisão sumária, existe fumo de direito para que aquela decisão judicial não se concretize. No entanto, isso não se passa quando o juiz, após a prova informatória, conclui que não existe probabilidade séria e rejeita os embargos, porque aí, mesmo que o terceiro tenha o direito de recorrer dessa decisão, o que existirá é uma possibilidade de ele ganhar o recurso e não uma probabilidade, pelo que deve prevalecer a diligencia judicial ordenada e a execução continuar apesar do recurso. Por outro lado, no entender do mesmo Professor, as delongas da ultrapassagem das várias fases de recurso, não se compadecem com o carácter extremamente célere da fase introdutória dos embargos pelo que a palavra decisão no artigo 1043.º, n.º 2, não podia querer dizer decisão transitada em julgado. Avança ainda aquele Professor a comparação com o artigo 1038.º, actual 356.º, em que só o despacho de recebimento determina a suspensão da penhora e não o recurso do despacho de não recebimento. Acrescenta, também, o facto de mesmo na previsão do artigo 1043.º, n.º 2, se os embargos forem recebidos na fase introdutória, o recurso que dele interpuser eventualmente o executado ou exequente, não obsta de maneira nenhuma à continuação da suspensão. Ainda releva o mesmo autor que o entendimento contrário implicaria que, quer o despacho de recebimento, quer o despacho de rejeição acabariam, contrariamente à intenção do legislador no artigo 1043.º, n.º 2, por ter o efeito suspensivo da penhora. E mais, o de rejeição sem sequer haver a prestação de qualquer caução.

Solução diferente só podia resultar de se entender que se aplicam no caso dos embargos preventivos, dada a sua natureza duplamente cautelar como já avançamos supra, não as regras dos incidentes mas o artigo 738.º previsto para as providências cautelares. Segundo este preceito, n.º 1, al. a), os recursos interposto do despacho que indefere a fase introdutória dos embargos, sobe nos próprios autos e tem efeito suspensivo nos termos do artigo 740.º, n.º 1.

Contudo — sem esquecer que mesmo este efeito suspensivo se pode entender como referindo-se aos próprios autos de embargos e não aos autos da acção principal —, mais uma vez, a aplicação das regras particulares destas providências tem que ser afastada porque são ofendidos os princípios gerais da relação entre embargos e execução tutelados pelo seu enquadramento incidental. Aliás, este regime dos recursos é mais uma razão para se considerar que a opção do legislador pelo carácter incidental dos embargos é, afinal, a melhor.

Quanto ao recurso do despacho de recebimento dos embargos, pode ser interposto pelos embargados nos termos do artigo 739.º, n.ºs 2 e 3, subindo só quando os embargos forem julgados a final e de forma apensada. Assim, a suspensão da execução mantém-se e não é afastada pelo recurso.

2. A natureza jurídica dos embargos preventivos

A previsão da dedução cautelar de embargos nos termos do artigo 359.º não altera a natureza incidental atribuída pelo enquadramento legal que caracteriza todo o processo de embargos mas apenas reforça o carácter preventivo da única fase em que se distinguem originariamente dos embargos repressivos, da fase introdutória.

Como vimos, alguns aspectos do regime dos embargos preventivos, apesar de garantirem de uma forma ainda mais efectiva os direitos do embargante e mesmo das partes na execução, não deixam de demonstrar que, acima de tudo, os embargos são um processo autónomo que corre apenso a uma acção principal, que

não podem prejudicar fora dos limites imperativamente traçados pela lei.

Em boa verdade, possibilitando ainda mais a aplicação de certas regras próprias das providências cautelares, os embargos preventivos colocam-nos perante a tentação de inverter a sua natureza fazendo prevalecer aquela cautela sobre a sua estrutura incidental. Mas a hipótese perde sentido quando nos vemos face às consequências não só injustas como negadoras das regras básicas que decorrem da relação entre o processo de embargos e a acção principal. Isso aconteceu acima a propósito dos recursos.

Constituindo os embargos preventivos uma providência cautelar antecipatória da fase contraditória nos termos do artigo 381.º, n.º 1, primeira parte, acentua a maior protecção que é concedida ao embargante face aos embargos repressivos, já que enquanto nestes se trata de recuperar uma posse já perdida, naqueles evita-se a perda e garante-se a manutenção dos direitos sobre o bem, não deixando que a situação jurídica que assiste ao embargante seja sequer alterada.

Por isso, a sua natureza duplamente preventiva que acaba por justificar melhor a aplicação aos embargos de algumas regras previstas no regime das providências cautelares, nomeadamente, o carácter urgente que deve assumir a sua dedução, nos termos do artigo 382.º e a responsabilidade do requerente nos termos do artigo 390.º mesmo no caso de indeferimento liminar porque, ao contrário do que acontece no caso dos embargos repressivos, já se produziram efeitos na esfera jurídica das partes na execução.

De original, mesmo face às providências, os seus efeitos imediatamente suspensivos que ocorrem com a simples apresentação da petição inicial e antes de qualquer decisão judicial sobre o assunto ⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ Na realidade, não encontramos nenhuma providência cautelar nem nenhum incidente processual cujo requerimento inicial provoque imediatos efeitos suspensivos, com excepção do incidente de pedido de apoio judiciário. Pensamos que o fundamento se encontra na própria natureza do pedido dos embargos preventivos: não existe a criação *ex novo* de uma nova situação jurídica mas a manutenção de uma anterior que, por isso, prevalece sobre a decisão do juiz em fazer o oposto, ou seja, em permitir uma alteração na referida situação jurídica quando pode haver uma hipótese de tal se considerar ilegítimo. Por isso se abstém de por um período curto ordenar a efectivação da penhora.

Como referimos atrás, os direitos das partes na execução não são grandemente prejudicados na medida em que a penhora ainda não foi efectivada e o tempo de espera é relativamente reduzido, pelo que se concede o benefício da dúvida a qualquer petição. As hipóteses de fraude à lei ou de aproveitamento desonesto desta permissão legal, encontram-se em nosso ver salvaguardadas, não apenas pela figura da litigância de má fé hoje em dia mais reforçada pela lei, como também pela própria responsabilidade civil prevista no artigo 390.º.

Por outro lado, é esta suspensão imediata dos termos da acção principal que coloca os embargos preventivos em imediata co-relação com a execução, assumindo nesse caso maior relevo os cuidados com a ofensa do carácter incidental como acabámos de defender.

Releva-se, ainda, que este regime dos embargos preventivos é mais um motivo para que se justifique a ponderação da qualidade de terceiro, na medida do possível, logo com o despacho de indeferimento liminar.

Finalmente, a aplicação do regime das providências cautelares coloca ainda mais uma possibilidade de aplicação que trata exactamente da distinção entre embargos repressivos e preventivos.

Tendo sido oportunamente deduzidos embargos preventivos que vieram a ser rejeitados, por exemplo, por falta de prova suficiente, podem ser novamente apresentados, na mesma execução e logo de seguida, embargos repressivos após a efectivação da penhora?

Pensamos que rege aqui o artigo 381.º, n.º 4, impedindo a repetição da providência que haja sido julgada ou caducado. Efectivamente os embargos preventivos que produziram imediatamente a suspensão da execução, caducaram com o despacho de rejeição. Mas será que a dedução de embargos repressivos constitui uma mesma providência que se repete, ou representa outro tipo de diligência cautelar e que, por isso, pode seguir-se aos preventivos?

Apesar de deduzidos visando a mesma fase contraditória e no mesmo incidente, cuidando em geral dos mesmos interesses, é inegável, como vimos, que os efeitos sobre a execução são bem distintos nas duas fases dos embargos.

Cabe, em nosso entender, ponderar perfunctoriamente sobre se existirá ou não repetição da causa nos termos gerais previstos no artigo 498.º, sem esquecer que nos podemos apenas reportar à fase introdutória pois só ela constitui uma providência cautelar.

Existirá certamente identidade de sujeitos e na maioria dos casos a mesma causa de pedir, porque também ao embargante não restam muitas hipóteses senão alegar com base no direito ou só na posse, não podendo esta funcionar apenas como meio de presunção do direito, já que diferente prova não destaca causas de pedir. Ou seja, o facto do embargante numa vez alegar o direito sem qualquer meio presuntivo de prova como seja a posse ou o registo, e outra vez alegar o mesmo direito registado ou presumido pela posse, não se traduz numa alteração da causa de pedir.

Todavia, face à noção de identidade de pedido para efeitos do artigo 498.º, n.º 3, entendemos que os embargos preventivos na sua fase inicial representam uma providência cautelar distinta dos embargos repressivos porque, enquanto nos primeiros o embargante pede ao levantamento da penhora e sem efeitos suspensivos na acção principal, nos segundo o terceiro requer a suspensão de uma penhora apenas ordenada e com efeitos suspensivos da execução.

Portanto, entendemos que o embargante pode deduzir nos limites da lei, embargos preventivos a seguir ao despacho ordenatório da penhora suspendendo de imediato os termos da execução e de seguida, no caso de estes terem sido rejeitados — como o respectivo despacho não produz qualquer caso julgado material ao abrigo do artigo 355.º — e mesmo com igual causa de pedir, deduzir embargos repressivos após a efectivação da penhora.

3. Os embargos preventivos e o reforço da nossa posição sobre o conceito de terceiro embargante

Presentes o regime e a natureza dos embargos preventivos, é nosso parecer que estes constituem uma eventualidade cuja consagração só pode ser enquadrada à luz de uma concepção restrita de terceiro para efeitos de registo predial adoptada pelo acórdão de 18/5/99 com as respectivas consequências já desenvolvidas a título da qualificação do terceiro embargante a uma penhora de imóveis.

Como vimos, a concepção ampla de terceiro aplicada aos embargos pressupõe o funcionamento da oposição entre o registo do direito real alegado pelo embargante e o registo da penhora efectuado pelo exequente, com a aplicação impugnável do princípio da prioridade, prevalecendo o direito do penhorante sobre o do embargante caso seja anterior.

Por seu turno, ambas as concepções restritas implicam a conclusão oposta, ou seja, o afastamento da qualidade de terceiro do embargante face ao exequente e a consequente preterição do critério do registo como absoluto, atribuindo-lhe tão somente os efeitos normais previstos no CRegP, ou seja, os efeitos meramente probatórios de presunção ilidível de titularidade do direito.

Ora, no caso dos embargos preventivos e aquando da sua dedução feita logo após o despacho que ordena a penhora, nunca poderá existir um registo da penhora porque este só pode ocorrer após a efectivação da mesma nos termos do artigo 838.º, n.º 5, com a certidão do termo.

Não havendo o registo da penhora para poder ser comparado com a anterioridade do registo do direito do embargante — nem sendo possível a ele proceder porque entretanto a execução foi suspensa —, somos remetidos automaticamente, mesmo na concepção ampla, para a regra geral da data da constituição dos direitos em conflito.

Ou seja, nos embargos preventivos a concepção ampla nunca pode funcionar e tem sempre que recorrer à regra que acaba por ser a geral decorrente das concepções restritas. Assim, se a concepção ampla não compreende todas as hipóteses de embargos, todo o seu regime, não pode ser admitida como orientação explicativa da essencialidade da legitimidade activa para embargar.

Mesmo que se argumente no sentido de ser útil a aplicação desta concepção quando o embargante preventivo já tem o seu registo feito — porque nesse caso o seu direito prevalecerá sempre porque o registo da penhora a efectuar-se será sempre posterior —, sempre é possível alegar, em contrário, que ficariam por explicar as outras situações de registo posterior — e nesse caso posterior a algo que ainda não existe e não se sabe quando vai ocorrer, isto é, o registo da penhora —, além de que mesmo naquele caso se parará, necessariamente também, de uma presunção apenas ilidível.

Até, porque na hipótese contrária de o embargante não ter o seu direito registado, tal solução não pode ser aplicada porque então a ausência de registo funcionaria também como uma presunção inidivél de não titularidade o que é perfeitamente inadmissível.

Outras dúvidas, entretanto, nos são suscitadas por esta impreterível inexistência de registo de penhora aquando da dedução de embargos preventivos.

Como concluímos acima, o registo da penhora nos termos do artigo 848.º, n.º 4, é constitutivo para terceiros porquanto a penhora não lhes pode ser oposta anteriormente. Por isso, a pedra de toque da oponibilidade à execução prevista no artigo 819.º do CC consiste exactamente naquele registo e não na efectivação da penhora e muito menos na data do despacho que a ordene.

Ora, mas se esse é o efeito do registo da penhora, então como poderá o juiz aferir da legitimidade activa do terceiro nos embargos preventivos — em qualquer das concepções adoptadas — quando a penhora ainda não está registada nem pode estar e, por isso, quando a execução nunca lhe é oponível?

A resposta fácil e imediata seria a de que nesse caso os embargos preventivos seriam sempre admissíveis, pois o direito do embargante, desde que já se encontrasse constituído, sempre prevaleceria sobre a penhora.

Parece-nos que apesar de fácil deve ser essa resposta, de facto, a solução. O juiz é apenas obrigado a ponderar na prova sumária da fase introdutória se o que é alegado pelo terceiro efectivamente corresponde à verdade — com excepção das manifestas alegações contrárias à lei, ou seja, quando a causa de pedir corresponde a uma posse precária ou desinteressada, a um direito real de garantia ou a um simples direito obrigacional, fora as excepções supra apontadas, ou a qualquer direito futuro, claro.

E, mais uma vez aplicando a concepção restrita, se o terceiro apresentar registo do seu direito ou da posse que o presuma, essa prova sumária encontra-se automaticamente feita na fase introdutória, pelo que deverão ser os embargos até liminarmente admitidos.

Encontramos, contudo, uma possível falha na sequência do nosso raciocínio face a conclusões já tomadas: então, nesse caso, não sendo a penhora registada, vai ser na mesma ponderada a oponibilidade da execução? Mas não, a falha é illusória. Pensamos que

ao juiz cabe fazer uma prognose póstuma sobre a situação, já que tendo na verdade o embargante o seu direito já constituído, os seus embargos prevalecerão, pois que sempre a penhora se fará depois. Não havendo necessidade de comparar registos, parte-se de uma lógica temporal admitindo a hipótese mesmo virtual, da penhora vir a ser efectuada e se o fosse o direito do embargante prevaleceria.

Todavia, se o terceiro não conseguir fazer a prova sumária do seu direito, os embargos serão rejeitados, seguindo-se a execução e procedendo-se à efectivação da penhora, após o que, como defendemos, pode o mesmo terceiro voltar a embargar, desde que o faça com outros meios de prova, sob pena de rejeição liminar.

Neste momento, surge-nos outra complicação: o embargante que não tinha direito constituído anteriormente — ou porque nem juntou prova tendo sido os embargos preventivos liminarmente indeferidos, ou porque não conseguiu provar alegações falsas e os embargos foram rejeitados —, pode, durante a suspensão mesmo curta da execução decorrente da dedução dos embargos preventivos, constituir o seu direito, adquirindo-o, até propositadamente, do executado ⁽¹⁸¹⁾.

E, assim, pode o embargante, após a rejeição dos seus embargos preventivos, deduzir os repressivos com o direito constituído antes do registo da penhora.

Pensamos, por isso, que deve ser neste caso adoptada uma interpretação restritiva desta possibilidade de dedução sucessiva de embargos mas apenas em conjugação com a ideia da impugnação pauliana, pois o que se pretende evitar é que executado e terceiros entrem em conluio para prejudicar o exequente. Tem sempre que ser salvaguardada a boa fé do terceiro que desconhecia a intenção do executado se furtar ao pagamento de dívidas alheias.

Desse modo, entendemos que esta segunda apresentação de embargos repressivos não deve ser admitida quando se prove que o alegado direito do embargante foi constituído após o conhecimento do despacho ordenatório da penhora, com o intuito de prejudicar a garantia patrimonial do crédito do exequente, nos termos das regras da impugnação pauliana. Quando tal surja manifesto na

⁽¹⁸¹⁾ As hipóteses de impugnação pauliana seriam, contudo, sempre defensáveis em reconvenção na fase contraditória.

prova sumária da fase introdutória, devem os embargos ser rejeitados. Na hipótese dos factos levados àquela primeira fase não servirem essa prova, sempre poderá o exequente reconvenccionar com esse fundamento.

Esta conclusão conduz-nos a outra questão: quando é que se deve considerar o momento determinante da constituição do direito do embargante para efeitos de procedência dos embargos preventivos? É que pode ser também exigida a data anterior ao conhecimento por parte do embargante do despacho ordenatório da penhora, ou pode bastar o momento anterior ao da tomada de decisão por parte do juiz — no despacho liminar ou no despacho de recebimento ou rejeição —, já que em todos os casos o direito será sempre constituído antes da efectivação da penhora.

Pensamos que a resposta deve ser semelhante à anterior sem prejuízo das regras gerais do tempo de aferição de legitimidade. Esta, deve ser controlada no despacho de indeferimento liminar e deve ser nessa data que se devem reunir todos os pressupostos da acção. Assim, se o direito for constituído depois, poderá sê-lo efectivamente antes da penhora mas não verá o embargante postergados os seus interesses já que poderá sempre depois da efectivação deduzir embargos repressivos procedentes.

A outra solução seria a não rejeição liminar mesmo quando o terceiro ainda não tivesse o seu direito constituído e remeter a decisão final para o despacho de recebimento, porque até esse momento sempre poderia o embargante constituir o seu direito — isto na preocupação de serem atingidos as finalidades dos embargos preventivos, pois mesmo nestes casos o direito do terceiro de boa fé sempre seria constituído antes da penhora e podia, por isso, merecer a tutela antecipatória.

Acontece que tal interpretação ajuda à fácil manipulação deste meio processual em prejuízo dos interesses tutelados das partes na execução. Seria fácil deduzir embargos preventivos só para se ter mais tempo para constituir um direito, independentemente de o terceiro fazer isso para prejudicar, em conluio com o executado, o crédito do exequente. A finalidade até podia ser outra e legítima e essa também correr acessória, o que não preencheria nem a figura da impugnação pauliana, nem sequer a figura do abuso de direito, pelo que não podia ser contrariada.

Por isso, devem ser admitidos preventivamente os embargos deduzidos por um terceiro que prove ter constituído o seu direito antes do conhecimento que teve do despacho ordenatório ou, na ausência de prova do momento do conhecimento, antes deste despacho. Se for depois, não tem o direito a embargar cautelarmente, mas tem direito a deduzir embargos repressivos.

Se, por acaso, este terceiro de boa fé que viu os seus embargos preventivos rejeitados porque constituiu o seu direito depois de conhecer o despacho ordenatório, for diligente demais e deduzir embargos repressivos antes mesmo da efectivação da penhora, não podem ser estes convolados para embargos preventivos porque aí estaríamos a impedir a respectiva dedução, já que nesse caso, tal seria impedido pelo artigo 381.º, n.º 4, por constituir repetição de causa. O embargos devem aguardar a efectivação e aí produzir efeitos como repressivos.

V. Conclusões

O estudo a que nos propusemos serviu à compreensão da figura dos embargos preventivos como um elemento não autónomo no seio dos embargos de terceiros deduzidos a uma penhora de imóveis em execução para pagamento de quantia certa, constituindo a sua fase introdutória — momento processual gerador das diferenças que os destacam dos embargos repressivos —, um reforço, não apenas da natureza cautelar daquela relativamente à fase contraditória — o que justifica a aplicação de algumas regras do regime das providências cautelares —, mas também do próprio carácter incidental dos embargos considerados no seu todo — que limita aquela remissão para os artigos 381.º e seguintes, através das regras imperativas que inter-relacionam os embargos e a execução —, como, ainda, da própria noção de terceiro para efeitos de legitimidade activa que acima foi por nós defendida — “titular ou de um direito real de gozo ou de uma posse — nos termos e com as excepções casuísticas atrás apontadas ⁽¹⁸²⁾ — constituídos antes do registo da penhora”.

⁽¹⁸²⁾ Que abrangem os direitos reais de garantia, os direitos obrigacionais, os direitos adquiridos por usucapião e os direitos sobre móveis.

VI. Breve nota de actualização sobre o DL 533/99 de 11/12.

Na nova versão do Código do Registo Civil prevista no DL 533/99, de 11/12, o legislador procedeu a algumas importantes alterações que se resumem, no que ao nosso estudo se revela importante, ao aditamento de um novo número ao artigo 5.º na sequência do debate sobre o conceito de terceiro para efeitos de direito registal entretanto levado a cabo no seio da doutrina e jurisprudência portuguesas ⁽¹⁸³⁾.

Deste modo, prevê actualmente o artigo 5.º, no n.º 4, que “terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si”.

⁽¹⁸³⁾ A propósito da doutrina publicada após a elaboração do nosso relatório, releva-se o seguinte: o artigo do Professor Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo*, in *ROA*, ano 59, vol. I, 1999, pp. 29-46, corresponde ao texto por nós referido como inédito, pelo que se entendem as remissões para este feitas para aquele. Sobre o artigo de COSTA E SILVA, Ana-Paula, *Exequente e terceiroadquirente de bens nomeados à penhora*, in in *ROA*, ano 59, I, 1999, pp. 321-333, realçamos o facto de esta autora defender que o despacho ordenatório da penhora é objecto de registo predial nos termos do artigo 2.º, alínea n) do CRegP. Pela nossa parte, e atenta a previsão do artigo 838.º do CPC, só se pode proceder ao registo da penhora com a respectiva certidão judicial que só existe após a efectivação da penhora. A mesma autora, a propósito da possibilidade de empobrecimento do património do executado pelas transmissões dos bens nomeados à penhora antes da efectivação do registo desta, defende a necessidade do legislador prever o registo do requerimento de nomeação de bens à penhora para se aferir da fraude à lei. Adiantamos que mesmo sem registo, tal requerimento pode consubstanciar um meio de prova documental sujeito à livre apreciação do juiz na fase introdutória dos embargos. Mais importante, defende a mesma autora que as posições do terceiro embargante e do exequente penhorante se devem ordenar segundo a prioridade do registo de acordo, não com a regra do artigo 5.º, mas com o ditame do artigo 838.º, n.º 4, do CPC. Como defendemos supra, este preceito remete para o CRegP que deve ser aplicado de acordo com o direito registal e não em sua violação ou criação *ex novo*. As consequências que não se retiram do artigo 5.º não podem ser obtidas pela remissão para o CRegP feita por um artigo do CPC. PEREIRA MENDES, Isabel, *Ainda o polémico conceito de terceiro no registo predial, Ainda o polémico conceito de terceiro no registo predial e Regresso do registo predial ao anacrónico conceito restrito de terceiro*, todos in *Estudos sobre registo predial*, Almedina Ed., Coimbra, 1999, pp. 115-129, 131-138 e 167-183, e *Código do Registo Predial anotado e comentado*, Almedina Ed., Coimbra, 2000, pp. 82-91, defende o conceito lato de terceiro alertando para o facto de a concepção contrária esvaziar de conteúdo o regime do registo como mera presunção ilidível passando a ser constitutivo e explicando que existem duas noções de terceiro no CRegP: a de terceiro registal prevista no artigo 17.º, n.º 2, e a de terceiro em geral presente no artigo 5.º. Pensamos pela nossa parte que a decisão do legislador afastou as diferentes interpretações do CRegP à luz da concepção ampla.

Foi, portanto, adoptada pelo legislador a concepção restrita de terceiro em tese geral, já que não existe a referência expressa ou implícita a qualquer necessidade de boa ou má fé — como a doutrina do *super acórdão* —, nem a referência à inversa irrelevância desse elemento — como na concepção restrita —, exigindo-se a dupla alienação como na orientação restrita e em oposição à concepção ampla.

Entendemos, na sequência do que já vínhamos defendendo supra, que foi uma decisão legal acertada porque urgia a definição do conceito de terceiro perante tanta discussão jurisprudencial e porque a noção adoptada acabou por superar as críticas que se podiam, como fizemos, apresentar contra as várias concepções.

Com efeito, a noção legal actual de terceiro para efeitos registais apresenta-se neutra, aplicando-se de forma genérica a todos os tipos de efeitos previstos expressa e também excepcionalmente no CRegP.

A dificuldade que nós tínhamos já apontado, gerada pela necessária opção pela admissão ou afastamento da figura da dupla transmissão, acabou por ser ultrapassada pelo legislador que optou corajosamente pela concepção restrita e pela não violação da norma excepcional do artigo 17.º, n.º 2.

Na realidade, tal escolha revelou-se perfeita na medida em que, se quanto aos efeitos presuntivos e enunciativos é nosso entendimento que não ocorrem apenas nos casos de dupla alienação mas em todos, o que é facto é que, não obstante, consideramos defensável que formalmente só tenham sentido numa situação de dupla alienação.

Esta ideia conduz-nos a uma outra mais genérica e que se demonstra apta a enquadrar a opção do legislador.

Só nos casos de dupla transmissão se comparam as mesmas realidades e encontramos uma questão que só o direito registal pode resolver de forma definitiva e para a qual o direito substantivo não apresenta soluções.

Deste modo, qualquer escolha menos feliz por parte do legislador no direito registal que apresente consequências em sede de direito substantivo, não provoca grandes choques de resultados normativos porque este direito não apresenta alternativas. A decisão, mesmo menos boa, só pode resultar das regras do registo e não do direito substantivo.

Por isso, qualquer efeito do registo só actua no campo dos factos estritamente registais onde não podem ocorrer conflitos de soluções. Relativamente a outros factos — que não impliquem uma dupla alienação —, funcionarão, em consequência, as regras normais da prevalência dos direitos substantivos.

Esta opção segue a excepcionalidade dos efeitos consolidativos e constitutivos previstos no artigo 17.º, n.º 2, mas visando o artigo 5.º, como norma neutra que trata apenas da noção de terceiro, abranger nesta todas as realidades e todos os tipos de efeitos registais típicos, coloca-se a dúvida no respeitante aos efeitos presuntivos relacionados com a prioridade de inscrições e aos efeitos enunciativos.

Por conseguinte, será que é entendimento do legislador o facto da prioridade do registo e o seu efeito enunciativo só ocorrerem em situações de dupla alienação? Se assim fosse, não existiria a possibilidade de o titular inscrito se fazer valer, contra terceiros não adquirentes do mesmo transmitente, da presunção ilidível da prioridade do registo, do reforço da publicidade do registo no caso dos efeitos enunciativos ou mesmo da presunção de titularidade, pois que estas situações configuram efeitos próprios do registo.

Aplicando essa hipótese ao caso da situação do embargante e penhorante, nem mesmo com efeitos meramente presuntivos de prova do direito funcionaria o registo do bem penhorado a favor do embargante ou o registo da penhora ou qualquer regra de prioridade entre ambos.

Como a resposta contrária implica a defesa da ideia do artigo 5.º regular apenas as situações de terceiros no caso dos efeitos consolidativos e constitutivos — o que afastamos pois aquele deve ser um preceito geral que de forma neutra preveja uma noção de terceiro aplicável a todas as outras regras do CRegP —, somos da opinião, sem os ulteriores e necessários aprofundamentos em sede de argumentação que não nos é possível agora levar a bom porto, que aquelas conclusões acabam por corresponder à realidade legal.

Com efeito, parece decorrer da noção legal de terceiro para efeitos registais, que só mesmo em situações de dupla alienação pode ser invocada a presunção derivada do registo, a sua prioridade e todos os restantes efeitos registais. Esta sim, parece ser uma opção legislativa mais forte e mais consequente e, sobretudo, mais discutível.

Não sem grandes dúvidas, aceitamo-la provisoriamente, conscientes que no caso que nos ocupa tal facto acaba por traduzir-se no afastamento de algumas conclusões por nós acima apresentadas, nomeadamente, aquelas que implicam o valor probatório do registo para efeitos de embargos e de determinação do direito prevalente entre penhorante e embargante.

O registo acaba, deste modo, por reduzir-se ao pequeno mundo registal e perde todos os seus efeitos em sede de direito substantivo. Neste, ganha força a prova da verdadeira titularidade do direito, facilitada apenas pela presunção derivada da posse e destacada por completo da corrida ao registo que acaba por reduzir-se a uma mera função de publicidade geral de factos que agora cada vez mais podem não corresponder à realidade.

Pensamos, em jeito de conclusão, que vingou a realidade material sobre o risco da incompatibilidade entre o registo meramente formal e os factos reais e verdadeiros que decorreria sempre da adopção de uma concepção ampla de terceiro para efeitos de registo.

Abreviaturas

Ac.	Acórdão
APHD	Archives de Philosophie du Droit
BFDUC	Bol. da Fac. de Dir. da Univ. de Coim.
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil
CCm	Código Comercial
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-Lei
DJ	Direito e Justiça
OD	O Direito
DR	Diário da República
EDD	Enciclopedia del Diritto
ESC	Estudos Sociais e Corporativos
NDI	Novissimo Digesto Italiano
RDE	Revista de Direito da Economia
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais

RFDUL	Revista da Fac. de Dir. da Univ. de Lx
RFDUSP	Rev. da Fac. de Dir. da Univ. S. Paulo
RMP	Revista do Ministério Público
RDC	Rivista di Diritto Civile
RS	Rivista della Società
RTDPC	Rivista Trimes. di Dir. e Procedu. Civ.
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
SI	Scientia Iuridica
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
RE	Tribunal da Relação de Évora
RF	Tribunal da Relação de Faro
RL	Tribunal da Relação de Lisboa
RP	Tribunal da Relação do Porto

Bibliografia

- ABREU, Eridano de — *Das providências cautelares não especificadas*, in *OD*, ano XCIV, 1962, pp. 110-119.
- AIELLO, Giovanni Giacobbe — *Guida ragionata ai provvedimenti cautelari*, Giuffrè Ed., Milão, 1996.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de — *Publicidade e teoria dos registos*, Coimbra 1966.
- ALMEIDA, Moitinho de — *Providências cautelares não especificadas*, Coimbra Ed., Coimbra, 1079.
- ANDRADE, Manuel de — *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1972.
- AROCA, J. Montero, RAMOS, M. Ortelis, COLOMER, J. Gomez e REDONDO, A. Monton — *Derecho Jurisdiccional*, vol. II, JMB Ed., Madrid, 1995.
- ASCENSÃO, José de Oliveira — *Efeitos substantivos do Registo Predial na ordem jurídica portuguesa*, in *ROA*, sep., Lisboa, 1979.
- *Direito Civil — Reais*, 4.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1983.
- *Locação de bens dados em garantia — Natureza jurídica da Locação*, in *ROA*, ano 45, 1985, III, pp. 345-390.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de — *Da Penhora*, RT Ed., São Paulo, 1994.
- BAPTISTA, José João — *Acção Executiva*, 5.ª ed., Lisboa, 1993.
- BARATA, Jorge e PEREIRA, M. Laranjo — *Acção Executiva Comum — Noções fundamentais*, vol. II, P&R Ed., Lisboa, 1979.
- BASTO, Jacinto Fernandes Rodrigues — *Direito das Coisas*, ed. do autor, vols. I a IV, 1975.
- BATOQUE, António e ABRANCHES, António César — *Curso de processos especiais civis e comerciais*, Atlântica Ed., Coimbra, 1929.
- BIGNARDI, Semiani — *La retenzione sull'esecuzione singolare e nell'fallimento*, Pádova, 1960.
- CARDOSO, Eurico Lopes — *O Processo de execução na Reforma de 1961*, in *SI*, tomo XII, 1963, pp. 479-497.
- *Manual da Acção Executiva*, 3.ª ed., INCM Ed., Lisboa, 1967.
- *Manual dos incidentes de instância em processo civil*, Almedina Ed., Coimbra, 1999.

- CARLOS, Adelino da Palma – *Direito Processual Civil — Acção Executiva, Lições polic.*, AAFDL Ed., Lisboa, 1962.
- CARNEIRO, Athos Gusmão – *Acção declaratória incidental no novo Código de Processo Civil*, in *RF*, vol. 246, ano 70, fasc. 850-852, 1974, pp. 217-220.
- CARNELUTTI, Francisco – *Instituciones del nuevo Proceso Civil Italiano*, trad. Jaime Guasp, Bosch Ed., Barcelona, 1942.
- CARVALHO, Eduardo J. da Silva – *Manual de Processo de Execução*, vol. I, França Amado Ed., Coimbra, 1908.
- CARVALHO, Orlando de – *Terceiros para efeitos de registo*, in *BFDUL*, ano 70, 1994, pp. 97-106.
- CASTRO, Artur Anselmo de – *A Acção Executiva Singular, Comum e Especial*, 2.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1977.
- CORDEIRO, António Menezes – *Direito das Obrigações*, vols. I a III, AAFDL Ed., Lisboa, 1989.
- *Da retenção do promitente na venda executiva*, in *ROA*, ano 57, 1997, II, pp. 547-564.
- *Direitos Reais*, Lex ed., Lisboa, reimp. da ed. de 1979, 1993.
- *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 2.ª ed., Almedina Ed., Coimbra, 1999.
- COSTA, Almeida da – *Anotação ao Ac. do STJ 4/98*, in *RLJ*, ano 131, 1997/1998.
- COSTA, Ary de Almeida Elias da – *Guia do Processo Executivo*, 3.ª ed., PJE Ed., Porto, 1979.
- COSTA, Salvador da – *Os incidentes de instância*, 2.ª ed., Almedina Ed., Coimbra, 1999.
- CUNHA, Paulo – *Sobre a função preventiva dos Embargos de Terceiro*, in *RDES*, ano I, n.º 2, 1945, pp. 77-93.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Terceiros para efeitos de registo predial — Anotação ao Ac. do STJ n.º 15/97*, in *ROA*, ano 57, 1997, III, pp. 1283-1320.
- FILHO, José Olympio de Castro – *Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos*, in *RF*, vol. 246, ano 70, fasc. 850-852, 1974, pp. 212-216.
- FOGUERIA, Eliseu – *Contrato-Promessa de compra e venda — Função inovadora dos Embargos de Terceiro no Código de Processo Civil revisto de 1996*, in *CJ*, ano V, 1997, tomo II, pp. 5-10.
- FREITAS, José Lebre de – *Direito Processual Civil II*, 3ª ed., Lisboa, sem data.
- *A Penhora de Bens na Posse de Terceiros*, in *ROA*, ano 52, 1992, pp. 313-339.
- *A Acção Executiva e Caso Julgado*, in *ROA*, ano 53, 1993, pp. 225-250.
- *Em torno da revisão do processo civil*, in *ROA*, ano 55, I, 1995, pp. 5-18.
- *Direito Processual Civil II, Relatório*, in *BFDL*, vol. XXXVII, Lex Ed., Lisboa, 1996.
- *Enxertos declarativos no processo declarativo — aspectos do novo processo civil*, Lex Ed., Lisboa, 1997.
- *A Acção Executiva à luz do Código revisto*, 2.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1997.
- *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 1999.
- JAUFFRET, Alfred – *Manuel de Procédure Civile et voies d'exécution*, 13.ª ed., LGDS Ed., Paris, 1980.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro – *Intervenção de Terceiros no Processo Civil: denúncia da lide e chamamento ao processo*, in *RF*, vol. 268, ano 75, fasc. 916-918, 1979, pp. 95-101.

- LACERDA, Galeno – *Processo Cautelar*, vol. 246, ano 70, fasc. 850-852, 1974, pp. 151-159.
- LEITÃO, Helder Martins – *Do processo de execução*, Elcla Ed., Porto, 1998.
- *Da instância e seus incidentes*, Elcla Ed., Porto, 1997.
- *Dos procedimentos cautelares*, 6.ª ed., Elcla Ed., Porto, 1998.
- LIMA, Cláudio Vianna – *O Processo Cautelar no novo Código de Processo Civil*, vol. 246, ano 70, fasc. 850-852, 1974, pp. 106-115.
- LIMA, Joaquim Pires de – *O insucesso da providência cautelar e a sanção aplicável ao requerente*, in *ROA*, ano 51, 1991, pp. 101-105.
- LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1986.
- LOMOGGIO, Luigi Paolo e outros – *Lezioni sul processo civile*, Molino Ed., Roma, 1995.
- LOPES, Manuel Baptista – *A Penhora*, Coimbra, 1967.
- *Dos procedimentos cautelares*, Coimbra, 1965.
- MACEDO, Pedro – *Manual das falências*, Coimbra, 1948.
- MAGALHÃES, António Leite Ribeiro de – *Manual das acções possessórias e seu processo*, 2.ª ed., França Amado Ed., Coimbra, 1910.
- MANDRIOLI, Crisanto – *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, Turim, 1987.
- MARINONI, Luiz Guilherme – *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, RT Ed., São Paulo, 1992.
- MARQUES, José Remédio – *Curso de Processo Executivo comum à face do Código revisto*, SPB Ed., Porto, 1998.
- MENDES, Isabel Pereira – *Repercussão no registo das acções dos princípios de direito registral e da função qualificadora dos conservadores do registo predial*, in *OD*, ano 123, 1, 1991, pp. 599-621.
- *Estudos sobre Registo Predial*, Almedina Ed., Coimbra, 1999.
- *Código de Registo Predial anotado e comentado*, 10.ª ed., Almedina Ed., Coimbra, 2000.
- MENDES, João de Castro – *Acção Executiva (...)*.
- *Direito Processual Civil*, vols. I a III, AAFDL Ed., Lisboa, 1980.
- MENDEZ, Francisco Ramos – *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 5.ª ed., JMB Ed., Barcelona, 1992.
- MESQUITA, Henrique – *Anotação ao Ac. do STJ de 29/09/92*, in *RLJ*, ano 125, 1992/1993, n.º 3814-1825, n.º 3822, pp. 277-288.
- MILHOMENS, Jônatas – *Da intervenção de terceiros*, Forense Ed., Rio de Janeiro, 1985.
- MIRANDA, Pontes de – *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XV, Forense Ed., Rio de Janeiro, 1977.
- MOREIRA, Álvaro e FRAGA, Carlos – *Direitos Reais*, Almedina Ed., Coimbra, 1971.
- MOTA, Guerra da – *Manual da Acção Possessória*, vols. I e II, Athena Ed., Porto, 1980.
- PICARDI, Nicola – *Codice di Procedura Civile*, Giuffrè Ed., Milão, 1994.
- PINHEIRO, Duarte – *Fase Introdutória dos Embargos de Terceiro*, Almedina Ed., Coimbra, 1992.
- PINTO, Rui – *A Penhora por dívidas dos cônjuges*, Lex Ed., Lisboa, 1993.

- PIRES, Adriano Borges e D'ALMEIDA, Ernesto Pereira – *Lições de processo preventivo e conservatório*, Lisboa, 1942.
- PISANI, Proto – *Título executivo, precatto, opposizioni*, Turim, 1983.
- PRAZERES, Manuel Augusto Gama – *Da intervenção de terceiros na relação processual*, Athena ed., Porto, 1972.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Sobre o Fundamento Possessório dos Embargos de Terceiro deduzidos pelo Locatário, Parceiro Pensador, Comodatário e Depositário*, in *ROA*, ano 51, 1991, III, pp. 649-698.
- REDENTI, Enrico – *Diritto processuale civile*, vol. III, Milão, 1957.
- REIS, Alberto dos – *Intervenção de terceiros*, Coimbra Ed., Coimbra, 1948.
- *Anulação de venda judicial*, in *RLJ*, ano 82
- *Embargos de Terceiro (Comentário a dois acórdãos)*, in *RLJ*, ano 87, 1954/1955, n.º 3032, pp. 161-169, n.º 3033, pp. 177-182, n.º 3034, pp. 193-197.
- *Ações Possessórias*, in *RLJ*, ano 87, 1954/1955, n.º 3040, pp. 292-295, n.º 3041, pp. 309-312, n.º 3042, pp. 321-325, n.º 3043, pp. 337-341.
- *Comentário ao Código de Processo Civil*, vols. I a II, Coimbra Ed., Coimbra, 1945, 1946 e 1960.
- *Processos Especiais*, vols. I e II, Coimbra Ed., Coimbra, 1955 e 1982.
- *Código de Processo Civil anotado*, vols. I a VI, Coimbra Ed., Coimbra, 1980 a 1981.
- *Processo de Execução*, vols. I e II, Coimbra Ed., Coimbra, 1982.
- RODRIGUES, Manuel – *A Posse — Estudo de Direito Civil Português*, 3.ª ed., Almedina Ed., Coimbra, 1996.
- *Do processo conservatório*, lições, Baroeth Ed., Lisboa, 1942.
- ROSADO, Couto – *Embargos de Terceiro no Código de Processo Civil*, Lisboa, 1941.
- SALVADOR, Gonçalves – *Terceiros e os efeitos dos actos ou contratos*, Lisboa, 1962.
- SATTI, Salvatore – *L'esecuzione forzata*, Giuffrè Ed., Milão, 1937.
- *Diritto processuale civile*, Pádova, 1987.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – *Realização Coactiva da prestação (Execução) (Regime Civil)*, in *BMJ*, n.º 73, 1958, pp. 31-394.
- *Resposta a uma consulta*, in *RLJ*, ano 92, 1958/1959, n.ºs 3142-3165, n.º 3146, pp. 68-72, n.º 3147, pp. 84-91.
- *Anotação ao Ac. do STJ de 7/03/61*, in *RLJ*, ano 94, 1961/1962, n.ºs 3190-31213, n.º 3211, pp. 348-352.
- *Anotação ao Ac. do STJ de 14/06/63*, in *RLJ*, ano 97, 1964/1965, n.ºs 3262-3285, n.º 3262, pp. 12-15.
- *Responsabilidade Patrimonial*, in *BMJ*, n.º 75, 1958, pp. 5-412.
- SILVA, Ana Paula Costa e – *Exequente e terceiro adquirente de bens nomeados à penhora*, in *ROA*, ano 59, vol. I, 1999, pp. 321-333.
- SILVA, Clóvis do Couto e – *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, tomo II, RT Ed., São Paulo, 1982.
- SILVA, Germano Marques da – *Curso de Processo Civil Executivo — Acção Executiva Singular, Comum e Especial*, UCP Ed., Lisboa, 1995.
- SILVA, João Azevedo da – *Lições de Processo de Execução Civil*, Rei dos Livros Ed., Lisboa, 1995.
- SOUSA, Miguel Teixeira de – *A Penhora de Bens na Posse de Terceiros*, in *ROA*, ano 51, 1991, pp. 75-87.

- *Sobre a Exceptio Domini nas Acções Possessórias e nos Embargos de Terceiro*, in *ROA*, ano 52, 1992, III, pp. 21-28.
- *Estudos sobre o novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex Ed., Lisboa, 1997.
- *Alguma jurisprudência recente sobre Acção Executiva*, inédito, dactil., cedido por especial cortesia do autor, 1999.
- *Sobre o conceito de terceiro para efeitos de registo*, in *ROA*, ano 59, vol. I, 1999, pp. 26-46.
- *Acção Executiva Singular*, Lex Ed., Lisboa, 1999.
- TELLES, Inocêncio Galvão – *Registo de acção judicial*, in *OD*, ano 124, III, 1992, pp. 495-517.
- *Contrato de promessa de compra e venda*, in *CJ*, ano XI, tomo IV, pp. 7 e seguintes.
- VARELA, Antunes – *Anotação ao Ac. do STJ de 21/12/82*, in *RLJ*, ano 119, 1986/1987, n.º 3749, pp. 243-251.
- *Parecer ao Ac. do STJ de 20/10/88*, in *ROA*, ano 53, II, 1993, pp. 311-369.
- VARELA, Antunes e BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio – *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1985.
- VARELA, Antunes e MESQUITA, Henrique – *Anotação*, in *RLJ*, ano 127, pp. 20-23.
- *Anotação*, in *RLJ*, ano 54, pp. 378 e seguintes.
- VICENT, Jean – *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 13.ª ed., Dalloz Ed., Paris, 1978.
- WEILL, Alex – *Les Biens*, Dalloz Ed., Paris, 1969.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio – *Diritto processuale civile*, vol. III, Milão, 1946.